



Warszawa, dnia 22 lutego 2016 r.

Wydział Zamówień Publicznych
Komendy Stołecznej Policji
WZP - 600/16/1143/10

dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Usługę przygotowania i dostarczania posiłków*” WZP-443/16/25/Z

Wydział Zamówień Publicznych KSP, działając w imieniu Zamawiającego, na podstawie art. 38 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164)zwanej dalej Ustawą, uprzejmie informuje o **treści pytań zadanych przez Wykonawcę i udzielonych przez Zamawiającego odpowiedziach:**

Pytanie nr 1

I. Mając na uwadze treść wzoru umowy wnosimy o zmianę o 50% wysokości kar umownych zastrzeżonych w powyższych przepisach.

W doktrynie prawa zamówień publicznych oraz w aktualnym orzecznictwie Zespołów Arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych ustanawianie przez zamawiającego w umowie rażąco wysokich kar umownych uznać należy bezwzględnie za naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji wyrażonej w przepisie art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2006 roku, nr 164, poz. 1163 z późn. zm.), które może być uzasadnioną podstawą do żądania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy prawo zamówień publicznych z uwagi, iż postępowanie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stanowisko powyższe znajduje pełne potwierdzenie m.in. wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 23 sierpnia 2007 r. sygn. akt: UZP/ZO/0-1030/07. Zważyć bowiem należy, że kara umowna (odszkodowanie umowne) ze swojej istoty ma charakter wyłącznie odszkodowawczy i kompensacyjny, a nie zaś prewencyjny. Ustalenie przez Zamawiającego zbyt wygórowanych kar umownych dla wykonawców stanowi zatem bezspornie rażące naruszenie prawa w zakresie równości stron umowy, co w konsekwencji prowadzi do sprzeczności celu takiej umowy z zasadami współżycia społecznego i skutkować winno bezwzględną nieważnością czynności prawnej na podstawie przepisu art. 353¹ k.c. w związku z art. 58 § 1 k.c.

Odpowiedź nr 1

Wysokości kar ustalonych w Rozdz. XVIII § 9 SIWZ nie odbiegają od praktyki stosowanej przez Komendę Stołeczna Policji oraz u innych Zamawiających.

Dodatkowo Zamawiający informuje, że zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 Ustawy, Zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia „istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach”. Z art. 36 ust. 1 pkt 16 Ustawy wynika, że Zamawiający nie tylko jest obowiązany ustalić warunki umowy, ale również ma uprawnienie do ich ukształtowania zgodnie ze swoimi potrzebami i wymaganiami. Wskazuje na to wyraźnie treść art. 36 ust. 1 pkt 16 Ustawy: „jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach”.

W wyroku z dnia 29 stycznia 2014 r., KIO 69/14, Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do ograniczenia zasady swobody umów oraz wysokości kar umownych w umowie w sprawie zamówienia publicznego stwierdziła, że „Zasada równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu

Sporz.: R. Burasiński
tel.: 022 60 379 68

Komenda Stołeczna Policji
Wydział Zamówień Publicznych

00-150 Warszawa, ul Nowolipie 2, tel.: (022) 6038608, faks: (022) 603 76 42

ograniczeniu zasady swobody umów (art. 353¹ k.c.), a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego. Zamawiający działa w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem, ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1189/10). W wyroku z dnia 22 grudnia 2008 r. KIO/UZP 1431/08, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „Na gruncie p.z.p., kara umowna ma szczególne znaczenie. Bardzo istotna jest funkcja prewencyjno - wychowawcza, z punktu widzenia której, kara umowna ma stanowić zaporę dla dokonywania naruszeń, a skuteczną barierą będzie wtedy, kiedy jej dolegliwość będzie miała znaczenie, w sensie finansowym, dla wykonawcy.” „Określona przez zamawiającego wysokość kar umownych ma za zadanie dyscyplinować wykonawców do prawidłowego i terminowego realizowania przedmiotu umowy” – KIO 113/13; KIO 117/13.

W związku z powyższym, Zamawiający nie zmienia wysokości kar umownych.

Pytanie nr 2

II. Proszę o potwierdzenie, że Zamawiający przyzna maksymalną ilość punktów w kryterium doświadczenia, na podstawie dołączonego do oferty wykazu zawierającego 20 wykonanych (zakończonych) usług w zakresie przygotowania i dostarczania posiłków w okresie ostatnich trzech lat o wartości nie mniejszej niż 5 000,00 zł brutto bez dołączania referencji.

Odpowiedź nr 2

Zamawiający informuje, że zgodnie z Rozdz. XV pkt 1 lit. B.1. SIWZ, maksymalną ilość punktów otrzyma Wykonawca, który wykaże się 10 wykonanymi (zakończonymi) usługami i **każda z tych 10 usług** będzie o wartości **nie mniejszej niż 5 000 PLN brutto**. **Zamawiający nie wymaga dołączenia referencji potwierdzających wykonanie wyżej wymienionych usług.**

Pytanie nr 3

III. Zwracamy się z prośbą o zamieszczenie w projekcie umowy, postanowienia umożliwiającego stronom rozwiązanie umowy za 3 miesięcznym wypowiedzeniem.

Należy zauważyć, że w przypadku umów długoterminowych zawieranych na okres 2 - 3 lat w momencie zawierania umowy strony nie są w stanie przewidzieć wszystkich okoliczności oraz czynników mogących mieć negatywny wpływ na wykonywanie zobowiązań umownych dla każdej ze stron, jak również w sposób kompleksowy i wyczerpujący uregulować procedury postępowania w takich wypadkach. Wprowadzenie możliwości rozwiązania umowy za wypowiedzeniem ma na celu stworzenie podstaw prawnych do zakończenia stosunku prawnego pomiędzy stronami, jeżeli z określonych powodów nie są one zainteresowane dalszym kontynuowaniem współpracy na dotychczasowych warunkach. Mając na względzie dynamikę życia gospodarczego, czyli pojawianie się nowych technologii wykonywania zamówień, czy też nowych środków, może po kilku latach dojść do sytuacji, gdy jedna ze stron w tym również zamawiający będzie chciał skorzystać z jednostronnego uprawnienia do zakończenia umowy przed upływem jej obowiązywania. Obowiązujące przepisy ustawy prawo zamówień publicznych nie zawierają w tym zakresie żadnych zakazów.

Odpowiedź nr 3

Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy SIWZ.

Pytanie nr 4

IV. Wskazujemy, iż postanowienia § 14 umowy nie wypełniają dyspozycji przepisu art. 142 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z dnia 09 sierpnia 2013 roku, poz. 907 ze zm.). Podkreślamy, iż przepis art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych nakłada na Zamawiającego obowiązek ustalenia w umowie „zasad wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia wykonawcy”. Tym samym Zamawiający jest zobligowany określić wprost w umowie szereg warunków i reguł, według których dokonywana będzie zmiana waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy.

Zamawiający - poza przeniesieniem treści przepisu art. 142 ust. 5 ustawy prawo zamówień publicznych - nie zawarł w umowie żadnych regulacji dot. rzezonnych zasad wprowadzania odpowiednich zmian w zakresie odpowiadającym treści przepisu art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

To może oznaczać, iż na podstawie postanowień umownych zmiana taka będzie dokonywana w oparciu o wnioski wykonawcy po przeprowadzeniu negocjacji. Zasady prowadzenia tychże negocjacji nie zostały przez Zamawiającego opisane co uniemożliwia prawidłową kalkulację ceny ofertowej. Z daleko idącej ostrożności Wykonawca zaznacza również, że „mechanizmem waloryzacji” wynagrodzenia wykonawcy nie są, w świetle art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych negocjacje. Zgodnie z przywołanym przepisem art. 142 ust. 5, wykonawca w chwili składania oferty powinien mieć pewność, że obliczenie jego ceny wykonane zostało z uwzględnieniem wszystkich ryzyk rynkowych. Negocjacje takiej pewności nie gwarantują, gdyż dopiero po ich zakończeniu, a więc w czasie realizacji umowy, wykonawca uzyska wiedzę o ostatecznej wysokości kosztów, które zobowiązany będzie ponieść w związku z realizacją zamówienia.

Mając powyższe na względzie Wykonawca wnosi o zmianę postanowień SIWZ - wzoru umowy § 14 ust. 1 d); w następujący sposób:

1. Strony postanawiają, iż dokonają w formie pisemnego aneksu zmiany wynagrodzenia w wypadku wystąpienia jednej ze zmian przepisów wskazanych w art. 142 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, tj. zmiany:
 - a. stawki podatku od towarów i usług,
 - b. wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
 - c. zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.
2. Zmiana wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian o których mowa w ust. 1.
3. W wypadku zmiany, o której mowa w ust. 1 lit. a) wartość netto wynagrodzenia Wykonawcy nie zmienia się, a określona w aneksie wartość brutto wynagrodzenia zostanie wyliczona na podstawie nowych przepisów.
4. W przypadku zmiany, o której mowa w ust 1 lit. b) wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy wynikającą ze zwiększenia wynagrodzeń osób bezpośrednio wykonujących zamówienie do wysokości aktualnie obowiązującego minimalnego wynagrodzenia, z uwzględnieniem wszystkich obciążeń publicznoprawnych od kwoty wzrostu minimalnego wynagrodzenia.
5. W przypadku zmiany, o której mowa w ust 1 lit. c) wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy, jaką będzie on zobowiązany dodatkowo ponieść w celu uwzględnienia tej zmiany, przy zachowaniu dotychczasowej kwoty netto wynagrodzenia osób bezpośrednio wykonujących zamówienie na rzecz Zamawiającego.
6. Za wyjątkiem sytuacji, o której mowa w ust. 1 lit. a), wprowadzenie zmian wysokości wynagrodzenia wymaga uprzedniego złożenia przez Wykonawcę oświadczenia o wysokości dodatkowych kosztów wynikających z wprowadzenia zmian, o których mowa w ust 1 litera b) i c).
7. Zmiany treści umowy wymagają zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności.

Odpowiedź nr 4

Zamawiający informuje, że podtrzymuje zapisy SIWZ.

Wyjaśnienia do SIWZ należy traktować wiążąco dla Stron.

NACZELNIK
Wydziału Zamówień Publicznych
Komendy Stołecznej Policji
[Podpis]
kom. Wiesława ZONKO

Sporz.: R. Burasiński

tel.: 022 60 379 68

Kierownik Sekcji I
Wydziału Zamówień Publicznych KSP

[Podpis]

22.02.2016r.

Komenda Stołeczna Policji

Wydział Zamówień Publicznych

00-150 Warszawa, ul Nowolipie 2, tel.: (022) 6038608, faks: (022) 603 76 42