

Kraków, dn. 15.03.2024r.

wg rozdzielnika

**NR POSTĘPOWANIA: DZP.271.14.24**

**Postępowanie pn. " Usługa polegające na dozorze mienia i prowadzeniu portierni wraz z grupą interwencyjną"**

**ODPOWIEDZI NA PYTANIA\_1**

Wojewódzki Specjalistyczny Szpital Dziecięcy im. św. Ludwika w Krakowie działając na podstawie art. 284 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych udziela odpowiedzi na następujące pytania:

Pytania I

Prosimy o udzielenie odpowiedzi na poniższe pytania dotyczące specyfikacji warunków zamówienia oraz projektu umowy:

1. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zatrudnienie pracowników na umowę zlecenia wyłącznie w przypadku nagłych i niespodziewanych nieobecności, pracownika zatrudnionego na umowę o pracę, wynikających z przyczyn losowych ( m.in. zwolnienia lekarskie, urlopu na żądanie)  
Konieczność zachowania wymogu zatrudnienia wyłącznie na umowę o pracę w sytuacjach losowych, zdarzeniach niemożliwych do przewidzenia jest nierealne. Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć, ile osób będzie w danym okresie czasu np. na zwolnieniu lekarskim. Zatrudnienie na umowę o pracę wymaga chociażby dostarczenia badań lekarskich, co w sytuacjach nagłych jest nierealne i wymaga dodatkowego czasu. W związku z powyższym wnosimy jak na wstępie.  
Powyższa prośba motywowana jest również ze względu na zmiany w kodeksie pracy, które rozszerzają prawa pracownika, m.in. :  
a) Dwa dodatkowe dni wolnego będzie można zyskać, z powodu działania siły wyższej w pilnych sprawach rodzinnych spowodowanych chorobą lub wypadkiem, jeżeli niezbędna jest natychmiastowa obecność pracownika, czyli np. w razie powodzi lub innych klęsk żywiołowych albo katastrof, a także w przypadku uszkodzenia domu, wypadku dziecka w szkole, nagłej choroby członka rodziny itp.  
b) Wolne będzie można wykorzystać w dniach (dwa dni rocznie) lub w godzinach (16 godzin).  
proszę o wydłużenie czasu pełnienia służby np. do 4 godzin bez naliczenia przewidzianych kar umownych w przypadku wystąpienia absencji pracowników w przypadkach wystąpienia siły wyższej i urlopu na żądanie. Wykonawca bowiem nie jest w stanie przewidzieć absencji pracownika związanej z siłą wyższą i urlopem na żądanie i musi zagwarantować sobie w umowie minimalny czas na zapewnienie zastępstwa.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę w powyższym zakresie.

2. Zwracamy się z prośbą o obniżenie maksymalnej wielkości kar umownych przewidzianych w niniejszym postępowaniu z 20 % na 10 %.

Wskazujemy, że zgodnie z aktualną linią orzecniczą sądów powszechnych wysokość kar, która w stosunku do wartości zobowiązania oscyluje w granicach kilkudziesięciu procent wartości umowy, uznawana jest za nadmierną dolegliwość, świadcząca o niewspółmierności w rozumieniu art. 484 § 2 k.c. (tak np. wyrok SO w Rzeszowie z dnia 25.09.2019 r.; sygn. akt: VI Ga 173/13, w ramach którego Sąd za niewspółmierną uznał karę umowną na poziomie 40% należnego wynagrodzenia). Co więcej w orzecnictwie wskazuje się również, że roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie dostępującej od umowy wzajemnej, jeśli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy (wyrok SN z dn. 14.06.2018 r. sygn. akt: V CSK 534/17), co prowadzi do wniosku, że limit kar nie powinien przekraczać wysokości kary ustanowionej na wypadek odstąpienia od umowy, która w niniejszym postępowaniu wynosi 10 %.

Wnosimy o zmianę i sformułowanie postanowienia § 11 ust.5 projektu umowy w następujący sposób:

*„Łączna wysokość kar w związku z realizacją umowy, które mogą dochodzić strony, nie może przekroczyć 10% wartości umowy brutto.”*

**Odpowiedź: Zamawiający w poprzednim postępowaniu w tym samym przedmiocie zamówienia (znak sprawy: DZP.271.5.2024) częściowo wyraził zgodę na obniżenie kary umownej co zostało już uwzględnione w przedmiotowym postępowaniu.**

**W związku z powyższym Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie wyraża zgody na obniżenie kar umownych.**

3. Prosimy o odpowiedź czy Zamawiający dopuszcza możliwość realizacji usługi przez osoby posiadające orzeczenie o niepełnosprawności, mając jednocześnie na uwadze zapis w projekcie umowy §2 ust.2 c), tj.:

*„Wykonawca oświadcza, że będzie realizował usługi stanowiące przedmiot umowy przy pomocy personelu:*

*posiadającego stan zdrowia oraz predyspozycje fizyczne, które pozwalają na skuteczną realizację usługi objętej mniejszą umową bez przeciwwskazań i przeszkód”.*

**Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza możliwość realizacji usługi przez osoby posiadające orzeczenie o niepełnosprawności, mając jednocześnie na uwadze zapis w projekcie umowy §2 ust.2 c), tj.: „Wykonawca oświadcza, że będzie realizował usługi stanowiące przedmiot umowy przy pomocy personelu: posiadającego stan zdrowia oraz predyspozycje fizyczne, które pozwalają na skuteczną realizację usługi objętej mniejszą umową bez przeciwwskazań i przeszkód”.**

4. Zamawiający w § 13 ust. 3 projektu umowy zawarł zapis waloryzacyjny:

*„ Strony przewidują zmianę umowy poprzez waloryzację wynagrodzenia o wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych (kwartał do poprzedniego kwartału) ogłaszany w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (dalej jako „wskaźnik waloryzacji”), przy łącznym spełnieniu następujących postanowień:*

- 1) strona Umowy może wystąpić z pierwszym wnioskiem o waloryzację po upływie 6 miesięcy od podpisania Umowy jeżeli wskaźnik waloryzacji określony wyżej zmieni się o co najmniej 7% w stosunku do kwartału poprzedzającego złożenie wniosku o waloryzację;
- 2) w przypadku wzrostu lub obniżenia wskaźnika waloryzacji, waloryzacja będzie polegała odpowiednio na wzroście lub obniżeniu wynagrodzenia za usługę realizowaną po dniu złożenia wniosku o wartość procentową wskaźnika waloryzacji, przy czym strona Umowy może wystąpić z wnioskiem o każdą kolejną waloryzację nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od poprzedniej waloryzacji oraz przy wzroście lub obniżeniu wskaźnika waloryzacji o co najmniej 5%, obliczonego na podstawie średniej wskaźników waloryzacji za 2 ostatnie kwartały poprzedzające złożenie wniosku o waloryzację, przy czym waloryzacja nie dotyczy usług zrealizowanych przed datą złożenia wniosku przez którąkolwiek ze stron Umowy,
- 3) wskaźnik waloryzacji nie dotyczy usług zrealizowanych przed datą złożenia wniosku o zmianę wysokości wynagrodzenia przez którąkolwiek ze Stron umowy,
- 4) maksymalna wartość wzrostu wynagrodzenia brutto, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania niniejszych postanowień, nie przekroczy 7% wynagrodzenia brutto Wykonawcy, ustalonego w dniu zawarcia Umowy”.

Na gruncie przepisu art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych Zamawiający zaniechał prawidłowego opisanie w umowie zasad waloryzacji wynagrodzenia umownego Wykonawcy w zakresie wskazania realistycznego wzrostu poziomu wskaźnika.

Zamawiający proponując w § 13 ust. 3 umowy próg bazowy wzrostu cen na poziomie 7%, przyjmuje nazbyt wysoki, nierealny wzrost cen w referencyjnym okresie.

Ustalenie przez Zamawiającego takich progów powoduje, że postanowienia waloryzacyjne mają charakter pozorny i niemożliwy do spełnienia na etapie realizacji umowy.

Na potwierdzenie powyższego twierdzenia można wskazać, iż zgodnie z Komunikat Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 14 lipca 2023 r. w sprawie wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w II kwartale 2023 r. wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w II kwartale 2023 r. w stosunku do I kwartału 2023 r. wyniósł 101,9 (wzrost cen o 1,9%).

<https://stat.gov.pl/sygnalne/komunikaty-i-obwieszczenia/lista-komunikatow-i-obwieszczen/komunikat-w-sprawie-wskaznika-cen-towarow-i-uslug-konsumpcyjnych-ogolem-w-drugim-kwartale-2023-roku,49,39.html>

Ostatni opublikowany wskaźnik, z dnia 13 października 2023 r., cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem w III kwartale 2023 r. w stosunku do II kwartału 2023 r. wyniósł 99,7 (spadek cen o 0,3%).

Wykonawcy nie mają żadnego wpływu na wysokość wskaźników GUS. Wykonawcy nie mają również wiedzy przy kalkulowaniu ceny oferty na temat planowanej wysokości zmian w/w wskaźników, aby właściwie ocenić i uwzględnić ryzyko tych zmian w cenie oferty.

W myśl przepisu art. 439 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych Zamawiający jest obowiązany do wprowadzenia zasad zmiany wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego w przypadku zaistnienia przesłanek waloryzacyjnych. Jak wskazano w Komentarzu do Pzp autorstwa pracowników Urzędu Zamówień Publicznych, w „art. 439 ustawodawca przewidział przesłanki waloryzacji umownej, która daje stronom umowy możliwość urealnienia ustalonej w umowie wysokości wynagrodzenia na różne sposoby. (...) Intencją ustawodawcy było zatem nałożenie na zamawiających obowiązku wprowadzania do długoterminowych umów

(dłuższych niż 6 miesięcy) mechanizmów umownych, które uwzględniałyby wpływ czynników zewnętrznych (zmiana cen materiałów lub kosztów), na rentowność realizowanego zamówienia. Uwzględniając powyższe, regulacja art. 439 Pzp zmierza do zachowania równowagi kontraktowej między zamawiającym a wykonawcą, zobowiązując do rozłożenia między stronami ryzyk gospodarczych, będących następstwem zmian cen materiałów lub kosztów, związanych z realizacją zamówienia i zachodzących w toku jego realizacji. Naczelną zasadą przy budowaniu klauzul waloryzacyjnych powinno być uczciwe uprzedzenie Wykonawców już w treści umowy, o zamiarze waloryzacji wartości świadczenia i wskazanie już przy jej negocjowaniu – według jakich kryteriów będzie to następowało.

Zamawiający winien stworzyć taki mechanizm, który obu stronom da pewność, co do czynników, które mogą mieć wpływ na zmianę wartości świadczenia i które dzięki temu nie będą zarzewiem sporu.

W nawiązaniu do powyższego, prosimy zatem o zmianę postanowień umowy, w taki sposób, aby Wykonawca był uprawniony do złożenia wniosku o zmianę wysokości wynagrodzenia z tytułu realizacji umowy o wykazany wzrost cen materiałów lub kosztów w stosunku do cen/kosztów, obowiązujących na dzień złożenia oferty, na zasadach jasno określonych dla każdej ze Stron umowy i dla całego przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe proponujemy zapis postanowienia § 13 ust. 3 umowy zgodnie z poniższym brzmieniem lub równoważnym:

„1) strona Umowy może wystąpić z pierwszym wnioskiem o waloryzację po upływie 6 miesięcy od podpisania Umowy jeżeli wskaźnik waloryzacji określony wyżej zmieni się o co najmniej 5% w stosunku do kwartału poprzedzającego złożenie wniosku o waloryzację;

2) w przypadku wzrostu lub obniżenia wskaźnika waloryzacji, waloryzacja będzie polegała odpowiednio na wzroście lub obniżeniu wynagrodzenia za usługę realizowaną po dniu złożenia wniosku o wartość procentową wskaźnika waloryzacji, przy czym strona Umowy może wystąpić z wnioskiem o każdą kolejną waloryzację nie wcześniej niż po upływie 6 miesięcy od poprzedniej waloryzacji oraz przy wzroście lub obniżeniu wskaźnika waloryzacji o co najmniej 3%, obliczonego na podstawie średniej wskaźników waloryzacji za 2 ostatnie kwartały poprzedzające złożenie wniosku o waloryzację, przy czym waloryzacja nie dotyczy usług zrealizowanych przed datą złożenia wniosku przez którąkolwiek ze stron Umowy,

3) wskaźnik waloryzacji nie dotyczy usług zrealizowanych przed datą złożenia wniosku o zmianę wysokości wynagrodzenia przez którąkolwiek ze Stron umowy,

4) maksymalna wartość wzrostu wynagrodzenia brutto, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania niniejszych postanowień, nie przekroczy 7% wynagrodzenia brutto Wykonawcy, ustalonego w dniu zawarcia Umowy”.

**Odpowiedź: Zamawiający w poprzednim postępowaniu w tym samym przedmiocie zamówienia (znak sprawy: DZP.271.5.2024) częściowo wyraził zgodę na zmiany w zakresie waloryzacji co zostało już uwzględnione w przedmiotowym postępowaniu.**

**W związku z powyższym Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie wyraża zgody na zaproponowaną zmianę.**

5. Zamawiający w §11 ust. 1 projektu umowy zawarł zapis dotyczący kar umownych:

„Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w następujących przypadkach:

- a) za nienależyte wykonanie usług - każdorazowo w wysokości 1000,00 zł,
- b) za nieterminowe wykonanie usług - każdorazowo w wysokości 1500,00 zł,
- c) za niewykonanie usług - każdorazowo w wysokości 2000,00 zł,
- d) za opóźnienie w czasie dojazdu grupy interwencyjnej w wysokości 500 zł za każdą rozpoczętą minutę opóźnienia,
- e) każdorazowo za niezłożenie oświadczenia, o którym mowa §2 ust. 14 pkt. b). oraz dokumentów wskazanych w zał. do umowy w wysokości 1000 zł.
- f) skierowania przez Wykonawcę lub podwykonawcę do wykonywania czynności wskazanych w § 10 osób niezatrudnionych na podstawie umowy o pracę – w wysokości 500,00 zł za każdą osobę, kara może być nakładana po raz kolejny w odniesieniu do tej osoby, jeśli Zamawiający podczas następnej kontroli stwierdził, że nadal nie jest ona zatrudniona na podstawie umowy o pracę.
- g) w przypadku odstąpienia od umowy lub rozwiązania umowy z przyczyn zawinionych przez Wykonawcę – w wysokości 10% całkowitej wartości umowy, o której mowa §7 ust. 2.”

Upzejmie prosimy o obniżenie wysokości kar umownych zawartych w § 11 projektu umowy. Zaproponowane przez Zamawiającego postanowienia umowy w naszej ocenie spełniają przesłanki kar rażąco wygórowanych przez co naruszają zasady swobody umów oraz równości stron umowy. Art. 5 KC - definiując nadużycie prawa podmiotowego - stanowi, że: *”nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego”*.

Jednocześnie art. 482 KC określa funkcję odszkodowawczo-kompensacyjną oraz dyscyplinującą instytucji kary umownej, która ma za zadanie przymusić Wykonawcę do prawidłowego wykonania zobowiązania. Istotą kary jest zatem obciążenie dłużnika obowiązkiem zapłaty określonej kwoty za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, niezależnie od tego, czy wierzyciel poniósł szkodę (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 30 listopada 2016 roku, sygn. akt I ACa 491/16).

Powyższe wskazuje, że kara umowna jako surogat odszkodowania, nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia się wierzyciela (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2010 r., V ACa 267/10).

Mając na względzie dotychczasową linię orzecznictwa przy ocenie czy zastrzeżona kara umowna jest rażąco wygórowana należy uwzględnić relację pomiędzy wysokością zastrzeżonej kary umownej a wysokością wynagrodzenia należnego stronie zobowiązanej do zapłaty kary umownej (wyrok z 11 października 2016 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie, sygn. akt I ACa 1673/15 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 lutego 2014 r., V CSK 45/13, OSP 2015)

W rozumieniu art. 484 § 2 k.c. oceny takiej należy dokonać w kontekście całokształtu okoliczności sprawy, uwzględniając przedmiot umowy, okoliczności, na jakie kara umowna została zastrzeżona, cel tej kary, sposób jej ukształtowania, okoliczności, w jakich doszło do sytuacji uzasadniającej naliczenia kary, wagę i zakres nienależytego wykonania umowy, stopień winy, charakter negatywnych skutków dla drugiej strony itp. (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 24 kwietnia 2014 r., I ACa 26/14, LEX nr 1466927).

W związku z powyższym – w celu zachowania zasady równości stron umowy oraz swobody umów, które są podstawowymi zasadami polskiego prawa cywilnego - wnosimy o ponowną analizę wysokości kar i określenie ich na takim poziomie, aby nie nastąpiło zachwianie równowagi



pomiędzy stronami umowy poprzez jednostronne narzucenie rażąco wygórowanych kar umownych.

**Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę na następującą modyfikację w zakresie ust. 1 w par. 11 umowy:**

**„1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w następujących przypadkach:**

- a) za nienależyte wykonanie usług - każdorazowo w wysokości 800,00 zł,**
- b) za nieterminowe wykonanie usług - każdorazowo w wysokości 1200,00 zł,**
- c) za niewykonanie usług - każdorazowo w wysokości 1500,00 zł,**
- d) za opóźnienie w czasie dojazdu grupy interwencyjnej w wysokości 400 zł za każdą rozpoczętą minutę opóźnienia,**
- e) każdorazowo za niezłożenie oświadczenia, o którym mowa §2 ust. 14 pkt. b). oraz dokumentów wskazanych w zał. do umowy w wysokości 1000 zł.**
- f) skierowania przez Wykonawcę lub podwykonawcę do wykonywania czynności wskazanych w § 10 osób niezatrudnionych na podstawie umowy o pracę – w wysokości 400,00 zł za każdą osobę, kara może być nakładana po raz kolejny w odniesieniu do tej osoby, jeśli Zamawiający podczas następnej kontroli stwierdził, że nadal nie jest ona zatrudniona na podstawie umowy o pracę.**
- g) w przypadku odstąpienia od umowy lub rozwiązania umowy z przyczyn zawinionych przez Wykonawcę – w wysokości 10% całkowitej wartości umowy, o której mowa §7 ust. 2.”**

Pytania II

Skąd taki termin trwania usług w wymogu odnośnie doświadczenia Wykonawcy? Co daje w potwierdzeniu 18 m-cy trwania kontraktu, czego nie daje usługa realizowana 12 m-cy lub 15 mc-y? Szczególnie gdzie kontrakt jest de facto większy, ponieważ ma większą ilość posterunków, ilość roboczogodzin, większe wymagania odnośnie kwalifikacji?

Czy termin 12 miesięcy (występujący w większości kontraktów wynikających z Zamówień Publicznych), trwania kontraktu, gdzie jego wartość przekracza 800 000 zł będzie uznany jako spełnienie warunku posiadania zdolności zawodowej? Albo czy będzie uznany kontrakt/referencje z usługi u tego samego Zamawiającego, ale realizowany 2 x po 12 mcy jeden po drugim. Co będzie udokumentowane 2 referencjami?

**Uzasadnienie**

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny (art. 16 ustawy Pzp).

W sytuacji, gdy potrzeby zamawiającego są obiektywnie uzasadnione, zamawiający jest uprawniony do wprowadzenia wymogów, które mogą zawęzić krąg potencjalnych wykonawców.

Przy dość rzadkim stosowaniu umów, kontraktów 18-sto miesięcznych w Zamówieniach Publicznych może jednak mieć na celu preferowanie określonego wykonawcy. W naszej ocenie jeśli nie perforowanie konkretnego wykonawcy, to nie uzasadnione zawężanie konkurencji do Wykonawców, którzy mają takie same zdolności zawodowe, tyle, że akurat zdarzyło im się realizować kontrakt, który trwał 18 m-cy.

Bardzo prosimy o udzielenie odpowiedzi, zmianę wymogu będącą w duchu zachowania uczciwej konkurencji.

**Odpowiedź: Zamawiający uwzględni przytoczoną argumentację i zmienia zapis pkt. 3.2.1. w Rozdziale V SWZ nadając mu brzmienie:**

***“Zamawiający wymaga, aby Wykonawca w okresie ostatnich 3 lat liczonych wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie należycie wykonywał nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy lub w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonuje nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy co najmniej dwie (2) usługi ochronnej w budynkach użyteczności publicznej<sup>1</sup>, o wartości nie mniejszej niż 800 000 zł każda (w okresie wymaganych warunkiem udziału 12 m-cy)”***

Odpowiedzi do pytań oraz zmiana treści SWZ wprowadzone niniejszym pismem stanowią integralną część SWZ i są wiążące dla wszystkich Wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia

Otrzymują:

- Strona internetowa prowadzonego postępowania
- a/a

---

<sup>1</sup> w rozumieniu § 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowania ([Dz.U.2022.1225 t.j.](#) poz. 1422, z późn. zm.)