

## Wyjaśnienie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

**Dotyczy przetargu nieograniczonego na świadczenie kompleksowej usługi sprzątnia budynków Podkarpackiego Urzędu Wojewódzkiego w Rzeszowie oraz jego Delegatur.**

Działając zgodnie z art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j. t. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655ze zm.) informuję, że jeden z Wykonawców faksem z dnia 26 maja 2010 r. zwrócił się o wyjaśnienie treści SIWZ w następujących kwestiach:

### Pytanie 1:

I. Mając na uwadze treść § 2 wzoru umowy proponujemy dopisać postanowienie dotyczące wynagrodzenia wykonawcy, które zwiększone będzie o wskaźnik wzrostu minimalnej płacy krajowej

Wnoskujemy o wprowadzenie następującego zapisu do umowy:

„Wynagrodzenie Wykonawcy będzie zwiększone o wskaźnik wzrostu minimalnej płacy krajowej

Powyższa zmiana wynika z konieczności dostosowywania przez wykonawców wynagrodzeń wypłacanych przez nich pracownikom wykonującym usługi porządkowe do poziomu ustalonego w ustawie. Wskazać należy, że w przypadku usług porządkowo - czystościowych płace pracowników oparte są o minimalną płacę krajową. Płaca stanowi około 75% kosztów kontraktu.

Doświadczenie roku 2007 r. i 2008 r. 2009 r. wskazują, iż nawet najbardziej ostrożni przedsiębiorcy mogą zostać zaskoczeni niespodziewanymi uregulowaniami prawnymi, które są wynikiem politycznych rachub rządu, a nie odzwierciedleniem gospodarczych wskaźników.

Proponowana wyżej zmiana jest nie tylko korzystna dla Zamawiającego, ale pozwala mu też na racjonalne i kontrolowane wydatkowanie środków publicznych, a tym samym wpisuje się w podstawowe cele związane z dyscypliną finansów publicznych. Ponieważ zmiany minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalane są przez podmiot trzeci w stosunku tak dla Zamawiającego jak i wykonawców oczywistym jest, iż mają charakter niezależny od woli stron umowy.

Brak uwzględnienia proponowanej zmiany w treści projektu umowy łącząc się będzie dla Zamawiającego z dwoma negatywnymi skutkami

Po pierwsze wykonawcy – mający w pamięci problemy wynikające ze zmiany minimalnego wynagrodzenia od dnia 1 stycznia 2008 r. – mogą oferować wykonanie usług drożej niż to wynika z faktycznych kosztów jej świadczenia w momencie składania oferty, po to aby uwzględnić ewentualne zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia w kolejnych latach trwania umowy. Efektem takiej postawy – racjonalnego jednak przedsiębiorcy – jest to, iż Zamawiający od początku umowy niejako „nadpłaca” za ewentualne przyszłe koszty, nie mając pewności, iż wydatkuje posiadane środki w sposób racjonalny i gospodarzo uzasadniony. Brak uwzględnienia w projekcie umowy możliwości waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy powoduje, że kalkulując cenę oferty dla umowy długoterminowej, racjonalny wykonawca uwzględnić musi ewentualne ryzyko wzrostu wysokości minimalnego wynagrodzenia tak aby zabezpieczyć swój interes. W rzeczywistości więc to Zamawiający zapłaci za ryzyko w kalkulowane przez wykonawcę do ceny oferty, które w pierwszym roku świadczenia usługi powoduje znaczny jej wzrost, a tym samym zbędne wydatki zamawiającego. Tym samym strawić ono może zysk wykonawcy i nieuzasadniony koszt Zamawiającego, a co za tym idzie, możliwość postawienia Zamawiającemu zarzutu nierzetelnego wydatkowania środków publicznych.

Po drugie – w przypadku gdy wykonawcy nie uwzględnią w proponowanej ofercie skutków zwiększenia minimalnego wynagrodzenia za pracę, Zamawiający przynajmniej w pierwszym okresie realną ofertę, która jednak po kilku miesiącach przestaje być powiązana z realnymi kosztami ponoszonymi przez wykonawcę. Siłą rzeczy, wykonawca nie będzie w stanie w sposób prawidłowy wykonywać przyjętych na siebie zobowiązań

Aby zatem uniknąć wskazanych powyżej niebezpieczeństw, racjonalne, celowe i uzasadnione w świetle ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. Z 2005 r. Nr 14 poz. 114 ze zm.) jest zawarcie przez Zamawiającego proponowanej klauzuli waloryzacyjnej. Niewątpliwą korzyścią dla Zamawiającego będzie to, iż w każdym momencie trwania umowy ponosić będzie wyłącznie konieczne koszty świadczenia usług, a każda ewentualna zmiana wynagrodzenia wykonawcy będzie przez niego kontrolowana w oparciu o znane mu wówczas wskaźniki. Proponowany zapis nie naraża Zamawiającego na ponoszenie konsekwencji działań wykonawców, którzy w sposób błędny dokonaliby obliczenia ceny, albo którzy musieliby antycypować wzrost minimalnego wynagrodzenia za prace kilka lat naprzód.

Dlatego też w interesie Zamawiającego i tym samym w interesie publicznym leży, aby Zamawiający uwzględnił w projekcie umowy możliwość waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy o wskaźnik wzrostu minimalnej płacy z wykonawcą rzetelnie skalkulował cenę oferty na podstawie faktycznie poniesionych kosztów na moment składania ofert.

## Pytanie 2:

II. Zwracamy się o zamieszczenie w projekcie umowy, postanowienia umożliwiającego stronom rozwiązanie umowy za 1 miesięcznym wypowiedzeniem.

Należy zauważyć, że w przypadku umów długoterminowych zawieranych na okres 1 - 2 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.

### Pytanie 3:

III. Mając na uwadze przepis § 6 zawarty w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stanowiącym Załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwracamy się z zapytaniem o zmianę o 50% wysokości kar umownych zastrzeżonych w powyższych przepisach”.

Podkreślić należy, że w doktrynie prawa zamówień publicznych oraz w aktualnym orzecznictwie Zespołu Arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych ustanawianie przez zamawiającego w umowie rażąco wysokich kar umownych uznać należy 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 obciążone 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 współzycia społecznego i skutkować winno bezwzględną nieważnością czynności prawnej na podstawie przepisu art. 353<sup>1</sup> k.c. w związku z art. 58 § 1 k.c.

### Pytanie 4:

IV. Prosimy o zmianę zapisu § 22 siwz na „Zamawiający dopuszcza powierzenie wykonania zamówienia podwykonawcom”.

Postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia zakazujące podwykonawstwa szkodliwie ograniczają dostęp do rynku zamówień publicznych. Wykładnia celowościowa podstawowej zasady, jaką jest zasada uczciwej konkurencji, stanowiąc *lex specialis* względem art. 354<sup>1</sup> § k.c. wprowadzając swobodę kształtowania przyszłego stosunku prawnego Zamawiającego z Wykonawcą. Istotnym jest iż wprowadzony w niniejszym postępowaniu zakaz podwykonawstwa stanowi kształtowanie przez Zamawiającego treści umowy w sposób całkowicie dowolny, co stanowi istotne naruszenie wskazanej normy. Zamawiający ma bowiem ustawowy obowiązek działania zgodnie z treścią ustawy prawo zamówień publicznych. Treść stosunku łączącego Zamawiającego z Wykonawcą, pomimo wskazanej normy kodeksowej (art. 354<sup>1</sup> § k.c.) jest jednak w sposób istotny ograniczony zapisami ustawy, do których należy przywoływać zasadę uczciwej konkurencji. Swoboda kształtowania przyszłego stosunku zobowiązaniowego przez Zamawiającego jest pojęciem dużo węższym od dowolności w kształtowaniu tegoż stosunku, którego dopuścił się Zamawiający w niniejszym postępowaniu. Na marginesie należy wskazać, iż nawet zasada *pacta sunt servanda* nie dopuszcza całkowitej dowolności w kształtowaniu umowy przez strony – stosunek prawny je łączący nie może być sprzeczny z zasadami współzycia społecznego, celem czy sprzeciwiać się jego właściwości.

Zgodnie bowiem z literalnym brzmieniem art. 36 ust. 4 i 5 ustawy prawo zamówień publicznych Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Zamawiający może określić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która część zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. Jeżeli zamawiający jej nie wskaże, wówczas wykonawca, który wygrał przetarg, może wykonywać zamówienie przy udziale podwykonawcy. Zamawiający nie ma prawa umieszczać w siwz zapisów o tym, że w ogóle nie dopuszcza udziału podwykonawców. Takim działaniem narusza się na skuteczne protesty ze strony wykonawców, którzy żądają mu ograniczenia dostępu do rynku zamówień publicznych. A to jest już czynem utrudniającej konkurencji. Jeżeli jakaś część zamówienia musi być wykonana przez wiarygodnego wykonawcę spełniającego warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający musi zaznaczyć, że nie można jej wykonania powierzyć podwykonawcy. W innych przypadkach podwykonawstwo nie jest w żaden sposób ograniczone. Podkreślić należy, iż ustawodawca tak sformułował zapisy ustawy, aby zapewnić jak najszerszy dostęp do zamówienia. Wskazać w tym miejscu można wyrok z dnia 26 kwietnia 2006 r. Zespołu Arbitrów (sygn. akt: UZP/ZO/0-1137/06) zgodnie z którym zapis narzucający wykonawcom realizację zamówienia własnymi siłami (bez podwykonawców) narusza art. 36 ust. 4 ustawy prawo zamówień publicznych oraz podstawową zasadę wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy. W ocenie Zespołu Arbitrów zapisy zakazujące podwykonawstwa doprowadziły do dokonania wyboru najkorzystniejszej ofert z rażącym naruszeniem prawa art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy.

**Ad. 1**

Zamawiający nie zamierza wprowadzać dodatkowych klauzul waloryzacyjnych. Ewentualne podwyższenie minimalnej płacy krajowej (w 24 miesięcznym okresie obowiązywania umowy) powinno być indywidualnie rozważone przez Wykonawcę przy kalkulowaniu ceny oferty.

**Ad. 2**

Zamawiający nie będzie wprowadzał proponowanego zapisu. Za zgodą stron w każdym czasie umowa może być rozwiązana - § 5 ust. 5 ogólnych warunkach umowy.

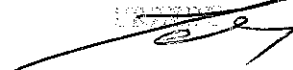
**Ad. 3**

Zamawiający nie obniży określonego poziomu kar umownych. Określona, w § 6 ust. 1 pkt 1 ogólnych warunków umowy wysokość kar umownych, szacunkowo odpowiada kosztom sprzątnięcia budynków w danej części zamówienia przez jeden dzień. W pkt 2 ww. paragrafu wysokość kar umownych odpowiada kosztom sprzątnięcia budynków w danej części zamówienia przez ok. 2,5 miesiąca - w ocenie Zamawiającego odpowiada okresowi koniecznemu do ewentualnego przygotowania i przeprowadzenia nowego postępowania „unijnego” oraz rozpoczęcia świadczenia usług przez nowego Wykonawcę

**Ad. 4**

Zamawiający, ze względu na specyfikę przedmiotowego zamówienia, nie dokona zmiany wskazanego paragrafu części A SIWZ. Obecnie obowiązująca ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j. t. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) umożliwia Zamawiającemu zastrzeżenie w SIWZ, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. Potwierdza to także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej

DYREKTOR GENERALNY



Janusz Olech