

Kraków, dn. 17.03.2022 r.

Nr sprawy: ZP/007/2022

***Do wszystkich wykonawców
https://platformazakupowa.pl/pn/amuz_krakow***

Informacja dla Wykonawców – wyjaśnienia do specyfikacji warunków zamówienia

Dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego świadczenie usług ochroniarskich w budynkach Akademii Muzycznej im. Krzysztofa Pendereckiego w Krakowie - **nr zamówienia ZP/007/2022** prowadzonego przez Akademię Muzyczną im. Krzysztofa Pendereckiego w Krakowie

Zamawiający – Akademia Muzyczna im. Krzysztofa Pendereckiego w Krakowie informuje, że do powołanego na wstępie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wpłynęły pytania Wykonawców dotyczące wyjaśnienia treści specyfikacji warunków zamówienia (swz). Wobec powyższego Zamawiający działając w oparciu o art. 284 ust. 6 w zw. z art. 284 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” przekazuje niniejszym treść tych pytań (bez ujawniania ich źródła) wraz z odpowiedziami:

Pytanie nr 1:

Zgodnie ze wzorem umowy, Zamawiający przewiduje kary umowne za nienależyte wykonywanie usługi. Czy Zamawiający, po analizie poniższych argumentów Wykonawcy, zmodyfikuje wysokość kar umownych? Wykonawca wnosi o zmianę o 50% wysokości kar, zastrzeżonych przez Zamawiającego.

W doktrynie prawa zamówień publicznych oraz w aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej 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. 16 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2019 z późn. zm.), które może być uzasadnioną podstawą do żądania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 255 ust. 6 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 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 na pytanie nr 1:

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie wnioskowej zmiany. W ocenie Zamawiającego kary są adekwatne do zakresu usług oraz wynagrodzenia z tego tytułu. Kara umowna powinna być postrzegana jako bodziec realnego wykonania zobowiązań - środek umocnienia dyscypliny umownej (tzw. funkcja stymulacyjna). Kara umowna stanowi dla Zamawiającego swoistego typu gwarancję, że dłużnik - Wykonawca (strona umowy ws. zamówienia publicznego) zobowiązanie wykona/ wykonana je należycie, w tym prawidłowo i terminowo, a zatem staje się ona środkiem umocnienia zobowiązania zwłaszcza wtedy, kiedy obowiązek jej zapłaty jest niezależny od tego czy wierzyciel (Zamawiający), w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika (Wykonawcę) poniesie szkodę. Funkcji stymulującej nie należy przeciwstawiać też funkcji kompensacyjnej - jest ona jej dopełnieniem, gdyż „uruchamia się” dopiero po niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zobowiązania, w którym zastrzeżona była kara umowna. Nieprawidłowe i irracjonalne byłoby przyjęcie założenia, że wierzyciel - Zamawiający przedkłada zapłatę kary umownej nad realne wykonanie zobowiązania. To przecież chęć otrzymania świadczenia, na jakie opiewa pierwotna umowa, jest właśnie powodem jej zawarcia oraz zastrzeżenia w niej kar umownych.

Pytanie nr 2:

Proszę o potwierdzenie, że Zamawiający uzna warunek dot. doświadczenia za spełniony, jeśli Wykonawca, występujący w konsorcjum, przedstawi usługę zrealizowaną wspólnie przez członków tego konsorcjum w pełnym zakresie wymaganym przez zamawiającego i na żądanej kwotę, a następnie ci członkowie konsorcjum, którzy wykazali się wymaganym doświadczeniem, będą realizować usługę dla Zamawiającego.

Przykładowo: Wykonawca składający w Państwa postępowaniu wniosek o dopuszczenie w konsorcjum podmiotów XY wykaże się usługą realizowaną wspólnie przez te same podmioty XY i oba te podmioty będą następnie realizować usługę na Państwa rzecz.

Nadmieniam, że powyższe jest zgodne z wyrokiem TSUE w sprawie C-387/14 („Esaprojekt”), który orzekł, że wykonawca nie może polegać, do celów udowodnienia wymaganego przez zamawiającego doświadczenia, na świadczeniach realizowanych przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału.

W opisanej sytuacji mamy jednak do czynienia z odwrotnym przypadkiem – wniosek zamierza złożyć ta sama grupa wykonawców, która wcześniej faktycznie i konkretnie brała udział w realizacji zamówienia i w związku z tym każdy z wykonawców w tej grupie nabył wymagane doświadczenie, a nadto grupa ta zrealizuje przyszłą umowę na rzecz Zamawiającego.

Odpowiedź na pytanie nr 2:

Zamawiający wyjaśnia, że oceniając spełnianie warunku udziału w postępowaniu będzie się kierował przepisami prawa, postanowieniami SWZ, a także podążał za utrwalonym stanowiskiem doktryny i praktyki (w tym orzeczniczej) stosowania przepisów prawa zamówień publicznych, uwzględniającym dorobek prawa wspólnotowego i orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Zdaniem Zamawiającego uzasadnienie orzeczenia w sprawie C-387/14 Esaprojekt nie pozostawia wątpliwości, że wykazywanie doświadczenia nabytego w związku z realizacją zamówienia w konsorcjum jest ograniczone do tej jego części, w której dany wykonawca uczestniczył i którą rzeczywiście wykonywał. Zbieżne stanowisko prezentuje Krajowa Izba Odwoławcza, chociażby w wyroku z dnia 11 kwietnia 2018 r., KIO 568/18, w którym uznała, że istotny jest zakres prac wymagany przez zamawiającego w warunku oraz to, w jakim zakresie każdy z podmiotów rzeczywiście partycypował w wykonywaniu tych prac. W sytuacji, gdy warunek udziału w postępowaniu odnosi się do konkretnego zakresu doświadczenia, faktyczny i realny udział wykonawcy w realizacji zamówienia należy odnosić właśnie do tego zakresu. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że do oceny doświadczenia zdobytego w ramach konsorcjum należy każdorazowo podchodzić indywidualnie biorąc pod uwagę przede wszystkim treść warunku udziału w postępowaniu, konkretne działania wykonawców podejmowane podczas realizacji wskazanej na potwierdzenie spełnienia tego warunku oraz faktyczną możliwość wyodrębnienia i podziału zadań pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum.

Pytanie nr 3:

Zamawiający wskazał, że zastrzega obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia. Przez kluczowe części zamówienia Zamawiający rozumie: świadczenie usługi ochrony przez pracowników wykonawcy. Powyższe zastrzeżenie nie obejmuje działania grupy interwencyjnej /podjęcia natychmiastowej interwencji/ przyjazdu przez grupę interwencyjną. Prosimy o informację czy monitoring sygnałów alarmowych, jako nieodłączny element działania grupy interwencyjnej, również może być zlecone podwykonawcy.

Odpowiedź na pytanie nr 3:

Zamawiający wyjaśnia, że monitoring sygnałów alarmowych jako nieodłączny element działania grupy interwencyjnej również może być zlecony podwykonawcy.

Dokonane wyjaśnienia treści Specyfikacji Warunków Zamówienia wiążą Wykonawców z chwilą ogłoszenia treści niniejszego pisma.

Zgodnie z dyspozycją art. 284 ust. 6 ustawy Pzp niniejsze wyjaśnienia SWZ zostają udostępnione na stronie internetowej prowadzonego postępowania: https://platformazakupowa.pl/pn/amuz_krakow