

Wrocław, dnia 24.04. 2009 r.

Protestujący:

Impel Cleaning sp. z o. o.

Ul. Ślężna 118

53- 111 Wrocław

Zamawiający

Śremskie TBS Sp. z o. o.,

Ul. Grota Roweckiego 31,

63-100 Śrem

PROTEST

Działając na podstawie art. 180 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 roku, nr 223, poz. 1655), składam niniejszym protest wobec treści ogłoszenia oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego „Sprzątanie i utrzymanie czystości w budynku Collegium Heliodora Święcickiego przy ul. Grunwaldzkiej 10 w Śremie wraz z terenem przyległym” .

Protestujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie zasad udzielenia zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust 1 i 3 ustawy prawo zamówień publicznych.

Wskazując na powyższe zarzuty Protestujący wnosi o:

- 1) dopisanie do projektu umowy oraz SIWZ postanowień umożliwiających coroczną waloryzację wynagrodzenia wykonawcy o wzrost wskaźnika wzrostu minimalnego wynagrodzenia za pracę,
- 2) dopisanie do projektu umowy postanowień umożliwiających rozwiązanie przez każdą ze stron umowy z zachowaniem 3 miesięcznego okresu wypowiedzenia, bez obciążenia karą pieniężną strony rozwiązującej umowę,



- 3) zmianę treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie rażąco wysokich kar umownych

ewentualnie o:

- 4) unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy prawo zamówień publicznych, z uwagi iż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Protestujący oświadcza, że ma interes prawny we wniesieniu protestu, gdyż postanowienia specyfikacji utrudniają Protestującemu ubieganie się o uzyskanie zamówienia publicznego.

UZASADNIENIE

Protestujący zawiadamia, że powziął informację o przetargu na podstawie ogłoszenia nr 109796 - 2009 z dnia 17.04.2009 r.

Po zapoznaniu się z treścią ogłoszenia oraz SIWZ Protestujący stwierdza, że treść zarówno ogłoszenia, jak i SIWZ narusza zasady udzielania zamówień publicznych określone w przepisach ustawy prawo zamówień publicznych.

1. Proponowany projekt umowy zawiera klauzulę waloryzacyjnych odnośnie wynagrodzenia wykonawcy na podstawie wskaźnika inflacji publikowanego przez GUS, natomiast nie zawiera klauzuli waloryzacyjnej dotyczącej wynagrodzenia wykonawcy na podstawie wskaźnika wzrostu minimalnej płacy krajowej.

Tymczasem praktyka ostatniego tylko roku pokazuje, iż w polskiej rzeczywistości trudno mówić o znajomości i pewności prowadzenia działalności gospodarczej w perspektywie nawet kilkuletniej. Arbitralne decyzje polityczne rządu stawiają wszystkich wobec faktów dokonanych, bez możliwości dostosowania się do nich w jakimkolwiek okresie przejściowym.

Jedną z takich okoliczności jest coroczny wzrost wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę. Usługi porządkowo – czystościowe, jak przedmiot niniejszego postępowania, znaczną część kosztów generują w pozycji wynagrodzenie pracowników (nawet do 90 %). Większość pracowników zatrudnianych przez wykonawców usług porządkowych otrzymuje wynagrodzenie w wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę. Zatem wszelkie zmiany – niezależne przecież od wykonawców – wpływają w bardzo istotny sposób na wysokość kosztów świadczenia usług.

Celem przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest efektywne wydatkowanie środków publicznych. Brak uwzględnienia w projekcie umowy możliwości waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy powoduje, że wykonawcy kalkulując cenę oferty dla umowy długoterminowej, uwzględnić muszą ewentualne ryzyko wzrostu wysokości minimalnego wynagrodzenia tak, aby zabezpieczyć swój interes.

Wykonawcy mogą postąpić w dwojaki sposób: albo w kalkulacji od samego początku zawrzeć wysoki procent wzrostu minimalnego wynagrodzenia (wszak w 2008 r. wzrosło ono o ponad 20 %, a w 2009 r. wzrósł o ponad 13 %) i przedstawić wysoką cenę, albo pominąć wzrost wynagrodzeń i złożyć ofertę od samego początku opartą na błędnych założeniach, której wykonanie do końca kontraktu nie będzie możliwe przy spełnieniu wszystkich wymagań.

W pierwszym przypadku – rzetelnego wykonawcy - w rzeczywistości to Zamawiający zapłaci za ryzyko wkalkulowane przez wykonawcę do ceny oferty, które w pierwszym roku świadczenia usługi powoduje znaczny jej wzrost, a tym samym zbędne wydatki Zamawiającego. Stanowiąc one mogą zysk wykonawcy i nieuzasadniony koszt Zamawiającego, a co za tym idzie, możliwość postawienia zamawiającemu zarzutu nierzetelnego wydatkowania środków publicznych.

W drugim przypadku mamy do czynienia w istocie z dumpingiem i naruszeniem uczciwej konkurencji, ale i szansą uzyskanie zamówienia przez nierzetelnego wykonawcę, jako tańszego w momencie składania ofert. Zbyt niskie oszacowanie przez wykonawcę procentu wzrostu wysokości minimalnego wynagrodzenia negatywnie wpłynie na jakość świadczonych przez wykonawcę usług, który zostanie zmuszony do szukania oszczędności lub do rozwiązania umowy.

Zamawiający musi sobie z powyższych okoliczności zdawać sprawę. Aby im przeciwdziałać winien w umowie zawrzeć klauzule waloryzacyjne – niekoniecznie w literalnym brzmieniu proponowanym przez Protestującego – ale dające wykonawcy możliwość negocjowania z Zamawiającym wzrostu wynagrodzenia w razie faktycznej zmiany wysokości kosztów zatrudnienia wykwalifikowanego personelu. Tylko bowiem takie podejście Zamawiającego przełożyć się może na wysoką jakość usług i tym samym minimalizację narażenia Zamawiającego na roszczenia poszkodowanych – same kary za naruszenia takiej pewności Zamawiającemu nie dadzą.

Protestujący wskazuje ponadto, iż brak możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy powoduje, że Zamawiający narusza zasadę racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi i skutkować może pociągnięciem Zamawiającego do odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych na podstawie 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.). Podkreślić należy, że organ orzekający w sprawie naruszenia dyscypliny finansów publicznych bierze pod uwagę stopień winy oraz skutki i stopień szkodliwości czynu. 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 a wykonawca rzetelnie skalkulował cenę oferty za faktycznie świadczoną usługę.

2. Proponowany projekt umowy nie zawiera klauzuli umożliwiającej rozwiązanie przez każdą ze stron umowy z zachowaniem okresu wypowiedzenia, bez obciążenia kara pieniężną strony rozwiązującej umowę. Samo odesłanie do przepisów kodeksu cywilnego nie jest wystarczającym uregulowaniem możliwości rozwiązania umowy. W związku z powyższym protestujący wnosi o zamieszczenie wprost w umowie postanowienia stanowiącego, że „każda ze stron może rozwiązać umowę z zachowaniem 3 miesięcznego terminu wypowiedzenia bez ponoszenia jakichkolwiek konsekwencji z tego tytułu.”.

Protestujący zaznacza, że możliwość rozwiązania umowy z zachowaniem ustalonego przez Strony terminu wypowiedzenia powinno stanowić naturalne uprawnienie obu Stron. Wprowadzenie możliwości rozwiązania umowy z zachowaniem terminu wypowiedzenia będzie korzystne dla obu Stron, a jest to rozwiązanie niezbędne w obliczu ciągle zmieniającej się sytuacji gospodarczej. Należy bowiem podkreślić, że w przypadku zaistnienia okoliczności, za które żadna strona odpowiedzialności nie ponosi, a uniemożliwiających dalsze wykonywanie umowy, każda ze Stron powinna być uprawniona do rozwiązania kontraktu. Okres wypowiedzenia umożliwi natomiast drugiej Stronie odpowiednie przygotowanie się do zakończenia bez najmniejszego dla niej uszczerbku.

Należy zwrócić także uwagę, że brak klauzuli umożliwiającej Wykonawcy wypowiedzenie umowy jest sprzeczne z treścią art. 746 § 3 kodeksu cywilnego zgodnie z którym żadna ze Stron nie może się zrzec z góry uprawnienia do wypowiedzenia kontraktu z ważnych powodów. Mając na uwadze obowiązujące orzecznictwo Sądu Najwyższego w

powyższym zakresie, zgodnie z którym wobec brzmienia art. 746 § 3 kodeksu cywilnego, nieważna byłaby (art. 58 § 1 w związku z art. 746 § 3 k.c.) klauzula wyłączająca w odniesieniu do którejkolwiek ze stron możliwość wypowiedzenia zlecenia z ważnych powodów (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2001 r., III CKN 304/2000, niepubl.), należy stwierdzić a contrario, że umieszczenie w umowie postanowienia potwierdzającego uprawnienie stron do wypowiedzenia umowy z ważnych powodów jest uprawnieniem Stron, którego w żaden sposób nie można ograniczać, a tym bardziej wyłączyć. Nie ulega wątpliwości, że uregulowanie w umowie uprawnienia do zakończenia umowy przed terminem w drodze jednostronnego wypowiedzenia umożliwia stronom w każdym momencie elastyczne reagowanie na zmieniającą się rzeczywistość gospodarczą bez konieczności szczególnego uzasadniania swojej decyzji. Ponieważ bezwzględnie obowiązujące przepisy kodeksu cywilnego dają i tak stronom możliwość wypowiedzenia umowy z ważnych powodów, to bezpiecznym i pożądanym dla Zamawiającego rozwiązaniem powinno być zagwarantowanie sobie okresu wypowiedzenia, który umożliwiłby płynne zawarcie umowy z kolejnym wykonawcą, bez ryzyka, iż wypowiedzenie dotychczasowego wykonawcy nastąpi z dnia na dzień. Jak więc wynika z powyższego wprowadzenie klauzuli umożliwiającej wypowiedzenie umowy z zachowaniem terminu wypowiedzenia jest korzystne i pożądane z punktu widzenia obu Stron.

3. W § 9 wprowadził postanowienia o następującym brzmieniu:

Strony ustalają, że obowiązującą między nimi formę odszkodowania stanowią kary umowne, które będą naliczane w następujących przypadkach

1) zwłoka w wykonaniu prac objętych umową – wysokości 0,5 % miesięcznego wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki

2) zwłoka w usunięciu wad, o których mowa w § 6 ust. 2 – w wysokości 10% miesięcznego wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki, liczonej od dnia wyznaczonego na usunięcie wad

3) w przypadku nieusprawiedliwionego przeznaczenia do sprzątnięcia liczby pracowników mniejszej niż określonej w §2 ust. – 1% wynagrodzenia za każdy dzień wykonania zamówienia mniejszą liczbą osób

4) w razie rozwiązania umowy bez wypowiedzenia na warunkach określonych w § 8 Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 2 miesięcznego wynagrodzenia brutto

(...)

Protestujący zarzuca iż taki zapis wprowadza katalog kar umownych na poziomie nieadekwatnym do wartości zamówienia publicznego. Tak wysokie kary za nawet błahe naruszenie obowiązków przez wykonawcę – nie przewidujące przy tym żadnych limitów, może doprowadzić do absurdalnej sytuacji, iż wysokość kar umownych może przekroczyć wartość wynagrodzenia wykonawcy.

Praktyka wykonywania usług porządkowych wskazuje, iż najczęściej dochodzi do bardzo drobnych uchybień, które mogą być najczęściej w ciągu kilku minut usunięte. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie dopuścił przypadkowo, iż w razie natychmiastowego usunięcia uchybienia przez wykonawcę, nie będzie on obciążany karą umowną. Przy pełnym stosowaniu zasady swobody zawierania umów, zapis taki jak § 8 ust.2 projektu umowy w niniejszym postępowaniu, nie mógłby się ostać. Żaden wykonawca usług nie zgodziłby się na takie zapisy. W stosunkach z konsumentami Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów taki zapis uznałby za niedozwolony i nałożyłby karę na podmiot wprowadzający w swoim wzorze taką praktykę. Protestujący nie neguje, iż zamówienia publiczne rządzą się swoimi prawami. Nie są one jednak sprzeczne z zasadami określonymi w kodeksie cywilnym, zwłaszcza z zasadą swobody zawierania umów oraz zasadą równego traktowania stron umowy. Proponowany w projekcie umowy zapis jest z tymi zasadami sprzeczny. Dba tylko o interes Zamawiającego. Ponadto Protestujący zaznacza, że katalog przewinień, za które byłby odpowiedzialny Wykonawca jest bardzo szeroki i nieprecyzyjny, co w istocie umożliwi Zamawiającemu naliczanie kar umownych jednostronnie i w sposób subiektywny.

W świetle powyższego Protestujący wnosi o modyfikację powyższych postanowień, gdyż tylko w przypadku uwzględnienia protestu i wprowadzenia niezbędnych zmian do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia postępowanie będzie mogło zakończyć się pełnym sukcesem i udzieleniem zamówienia Wykonawcy wybranemu zgodnie z prawem, z zachowaniem zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców. W przypadku, gdy zmiany te nie zostaną wprowadzone, postępowanie będzie obarczone wadami mogącymi skutkować unieważnieniem postępowania.

Wobec powyższego Protestujący wnosi jak na wstępie.