



WOJEWÓDZKI SĄD ADMINISTRACYJNY

w Warszawie

Adm-290/269/23

**WYJAŚNIENIA I ZMIANY TREŚCI
SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA**

Działając w imieniu Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie, który występuje jako zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „**Utrzymanie czystości w budynkach Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie**” ZNAK SPRAWY WSA-ZP-12-2023 – działając na podstawie art. 135 ust. 6 oraz art. 137 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605) informuje, że w wyżej wymienionym postępowaniu, w terminie, o którym mowa w art. 135 ust. 2 ustawy Pzp wpłynęły zapytania do treści SWZ. W związku z tym, zamawiający udostępnia na stronie internetowej prowadzonego postępowania, treść zapytań wraz z wyjaśnieniami, bez ujawniania źródła zapytania oraz zmiany SWZ.

Pytanie 1.

Zamawiający w SIWZ dopuszcza możliwość udziału w postępowaniu podmiotów działających w ramach konsorcjum. Zważywszy na fakt, iż:

a) obserwowaną na rynku praktyką jest sytuacja, w której o udzielenie zamówienia ubiegają się podmioty będące spółkami kapitałowymi, działające w ramach konsorcjum, a następnie – już na etapie świadczenia usługi - faktury wystawiane są przez kilkanaście spółek cywilnych założonych przez konsorcjantów,

b) powyższe może budzić wątpliwości co do zgodności takiej praktyki z przepisami ustawy z dnia 11.09.2019 r.. – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy z dnia 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług (a zwłaszcza z art. 113 ust. 1 i 9 dotyczącym zwolnień podmiotowych, art. 106a – 106q dotyczącym zasad wystawiania faktur oraz art. 88 dotyczącym braku prawa do odliczenia VAT) co potwierdzają kontrole podatkowe prowadzone w firmach świadczących usługi outsourcingowe,

Zwracamy się z uprzejmą prośbą o udzielenie informacji, czy Zamawiający po udzieleniu zamówienia dopuszcza możliwość wystawiania faktur przez inny podmiot (de facto: przez innego podatnika VAT), niż ubiegający się o udzielenie zamówienia członkowie konsorcjum.

Odpowiedź.

W tak opisanym przypadku, zamawiający nie dopuszcza sytuacji w której faktury będą wystawiane przez inny podmiot, niż wykonawca tj. lider konsorcjum. Powyższe zostało uregulowane w treści klauzuli XXIX ust. 12 SWZ.

Pytanie 2.

Zwracamy się z prośbą o modyfikację wzoru umowy, poprzez zmniejszenie wygórowanych kar umownych o 50%.

W procedurze udzielania i realizacji zamówień publicznych to zamawiający jest w pozycji uprzywilejowanej względem wykonawców, umożliwiającą mu narzucanie warunków dotyczących realizacji zamówienia, jednak powinien on tak ukształtować treść umowy aby realizacja zamówienia w ogóle była możliwa. Zatem zastrzeżenie kar umownych nie powinno być celem samym w sobie, ale środkiem dyscyplinującym wykonawcę. Wielokrotnie wskazywała na to Krajowa Izba Odwoławcza, m.in. w wyroku z dnia 5 marca 2014 r., sygn. akt KIO 283/14. Zamawiający próbuje wykorzystać swoją pozycję dominującą w przetargu i wbrew zasadom współżycia społecznego, wprowadzić do umowy rażąco wygórowaną karę umowną, która z uwagi na swą konstrukcję, może mieć zastosowanie zarówno w przypadku drobnego uchybienia, nieskutkującego powstaniem jakiegokolwiek szkody po stronie Zamawiającego, jak i w przypadku niewykonania zobowiązania w znacznej części. Kara umowna winna zostać opisana w sposób zróżnicowany, w zależności od rangi, skutków i okresu trwania uchybienia, jak i wpływu uchybień na funkcjonowanie Zamawiającego. Nie można również zapominać, że podstawową funkcją kary umownej jest naprawienie szkody (zryczałtowane odszkodowanie), a zatem stawka kary umownej nie powinna być ustalona abstrakcyjnie, lecz z uwzględnieniem przewidywanej szkody, jaka może powstać po stronie Zamawiającego. Jednakże postanowienie projektu umowy nie zostało oparte na powyższych założeniach, stąd wnioski o jego zmianę.

Zaproponowane przez wykonawcę zmiany poprzez obniżenie wysokości kar umownych, zróżnicowanie ich wysokości w stosunku do rangi, skutku i okresu trwania uchybienia i jego wpływu na funkcjonowanie zamawiającego ma z jednej strony zapewnić, iż w dalszym ciągu kary umowne będą spełniały funkcję represyjną, z drugiej zaś, że zaczną spełniać funkcję odszkodowawczą, a nie „zarobkową”.

Odpowiedź.

Zamawiający nie wyraża zgody na wniosek wykonawcy. Zgodnie z KIO 113/13; KIO 117/13, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że zamawiającemu przyznane zostało uprawnienie do ukształtowania postanowień umownych. Zamawiający może, o ile nie wykracza poza unormowanie art. 353¹ K.C., dowolnie sformułować postanowienia w zakresie kar umownych, zależnie od sytuacji faktycznej i swoich potrzeb. Kary umowne dla zamawiającego nie pełnią roli ściśle odszkodowawczej. Co do zasady ich znacznie ważniejszą dla zamawiającego, jest ich funkcja stymulacyjna, dyscyplinująca wykonawcę do prawidłowego wykonania zamówienia. Wymienione w Projektowanych Postanowieniach Umowy (PPU) kary umowne, w opinii zamawiającego nie są wygórowane. Zgodnie z orzecznictwem, wygórowana kara umowna to sytuacja, gdy zachwiana została relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonaniem zobowiązania a wysokością kary umownej, jak i wtedy, gdy zachwiany został stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznawanej szkody. Taka sytuacja nie występuje w treści PPU.

Pytanie 3.

Zamawiający określił w SIWZ wymóg zatrudnienia pracowników wykonujących czynności porządkowe lub czynności sprzątkowania na umowę o pracę. Wnosimy o wyrażenie zgody na zatrudnienie pracowników na umowę zlecenie wyłącznie na zastępstwa urlopowo-chorobowe. 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.

Odpowiedź.

Zamawiający uwzględni wniosek wykonawcy. **Mając powyższe na uwadze § 5 ust. 2 pkt 1 Projektowanych Postanowieniach Umowy (PPU) otrzymuje brzmienie:**

„1) wymaga by w przypadku nieobecności osoby sprzątkującej a także w czasie jej urlopu lub absencji chorobowej, wykonawca zapewnił zastępstwo w taki sposób, by nie doszło do zmniejszenia liczby osób sprzątkujących w stosunku do wymagań określonych w ust. 1, osoby sprzątkujące wykonujące czynności w ramach zastępstwa muszą zostać zatrudnione na umowę o pracę (np. na umowę o zastępstwo) lub na umowę zlecenie, z zastrzeżeniem, że okres trwania umowy zlecenia dla tej osoby nie przekroczy w sumie 30 dni,”

Pytanie 4.

W związku z brakiem w treści SIWZ postanowień odpowiadających treści art. 436 pkt. 4, wnioskujemy o wprowadzenie do treści SIWZ postanowień odpowiadających treści art. 436 pkt. 4, Pzp oraz zgodnie z brzmieniem art. 135 ustawy z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz.U. z 2018 r. poz. 2215) postanowień odnoszących się do procedury wprowadzania przedmiotowych zmian w łączącej strony umowie tj. postanowień w brzmieniu:

„Niniejsza umowa ulegnie zmianie w zakresie należnego wykonawcy wynagrodzenia, w przypadku zmiany:

a. stawki podatku od towarów i usług,

b. wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów 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,

d. zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych,

- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Każda ze stron umowy, w przypadku zaistnienia zdarzeń o jakich mowa w art. 436 pkt. 4, ustawy Pzp w terminie 3 miesięcy od dnia opublikowania przepisów będących podstawą zmiany, może zwrócić się do drugiej strony z pisemnym wnioskiem o przeprowadzenie negocjacji dotyczących zawarcia porozumienia w sprawie odpowiedniej zmiany wynagrodzenia. W przypadku zaistnienia zdarzeń o jakich mowa w art. 436 pkt. 4, ustawy Pzp każda ze stron może, po dokonaniu wpłat do pracowniczych planów kapitałowych za pierwszy miesiąc rozliczeniowy, zwrócić się do drugiej strony z pisemnym wnioskiem o

przeprowadzenie negocjacji dotyczących zawarcia porozumienia w sprawie odpowiedniej zmiany wynagrodzenia.

Przez odpowiednią zmianę wynagrodzenia, o której mowa w ust. 2, należy rozumieć:

- a) zmianę stawki podatku od towarów i usług,*
- b) sumę wzrostu kosztów wykonawcy zamówienia publicznego wynikających z podwyższenia dotychczasowej kwoty minimalnego wynagrodzenia, przysługującego odpowiednio osobom biorącym udział w realizacji części pozostałej do wykonania umowy w sprawie zamówienia,*
- c) sumę wzrostu kosztów wykonawcy zamówienia publicznego wynikających z podwyższenia dotychczasowej kwoty minimalnej stawki godzinowej wynagrodzenia, przysługującego odpowiednio osobom biorącym udział w realizacji części pozostałej do wykonania umowy w sprawie zamówienia,*
- d) sumę wzrostu kosztów wykonawcy zamówienia publicznego oraz drugiej strony umowy o pracę lub innej umowy cywilnoprawnej łączącej Wykonawcę z osobą fizyczną nieprowadzącą działalności gospodarczej, wynikających z konieczności odprowadzenia dodatkowych składek od wynagrodzeń osób zatrudnionych na umowę o pracę lub na podstawie innej umowy cywilnoprawnej zawartej przez Wykonawcę z osobą fizyczną nieprowadzącą działalności gospodarczej, wynikających z zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniom zdrowotnym lub wysokości stawki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne przysługującego odpowiednio biorącym udział w realizacji części zamówienia pozostałej do wykonania, przy założeniu braku zmiany wynagrodzenia netto tych osób,*
- e) sumę wzrostu kosztów wykonawcy zamówienia publicznego z tytułu zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę lub innej umowy cywilnoprawnej oraz drugiej strony umowy o pracę lub innej umowy cywilnoprawnej łączącej Wykonawcę z osobą fizyczną nieprowadzącą działalności gospodarczej, wynikających z konieczności odprowadzenia dodatkowych składek od wynagrodzeń osób zatrudnionych na umowę o pracę lub na podstawie innej umowy cywilnoprawnej, zwartej przez Wykonawcę z osobą fizyczną nieprowadzącą działalności gospodarczej, wynikających z zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych, przysługującego odpowiednio biorącym udział w realizacji części zamówienia pozostałej do wykonania, przy założeniu braku zmiany wynagrodzenia netto tych osób.*

Zmiana wynagrodzenia wykonawcy o jakiej mowa w ustępie 1 -3 niniejszego paragrafu dokonuje się w zakresie wynagrodzenia należnego wykonawcy, poczynając od dnia wejścia w życie przepisów prawa będących podstawą zmiany:

- a) wysokości podatku od towarów i usług,*
- b) wysokości kwoty minimalnego wynagrodzenia,*
- c) wysokości kwoty minimalnej stawki godzinowej wynagrodzenia,*
- d) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniom zdrowotnym,*
- e) wysokości stawki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne,*
- f) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych.*

W przypadku zmiany, o której mowa w ustępie 4 lit „a” niniejszego paragrafu, wartość netto wynagrodzenia Wykonawcy nie zmienia się, a określona w umowie (aneksie) wartość brutto wynagrodzenia zostanie wyliczona na podstawie nowych przepisów.

W przypadku zmiany, o której mowa w ustępie 4 lit „b-f” niniejszego paragrafu Wykonawca przedstawia:

- a) zamawiającemu kalkulację wzrostu kosztów wyliczenia odpowiedniej zmiany wynagrodzenia,*
- b) na wniosek zamawiającego, na potwierdzenie kalkulacji o której mowa w niniejszym punkcie lit. „a”, aktualne umowy o pracę lub umowy cywilnoprawne zawarte z osobami biorącymi udział w realizacji zamówienia,*
- c) na wniosek zamawiającego skierowany nie wcześniej niż w terminie 30 dni od daty wejścia w życie przepisów będących podstawą wprowadzenia zmiany o jakiej mowa w niniejszym punkcie lit. „a”, odpowiednio umowy o pracę/ aneksy do umowy o pracę bądź umowy cywilnoprawne/ aneksy do umów cywilnoprawnych - potwierdzające odpowiednią zmianę wynagrodzenia.*

Nie zawarcie w terminie nie dłuższym niż miesiąc od dnia złożenia wniosku, o którym mowa w ust. 2, porozumienia w sprawie odpowiedniej zmiany wynagrodzenia, uprawnia każdą ze stron do rozwiązania umowy z zachowaniem dwumiesięcznego okresu wypowiedzenia. Rozwiązanie umowy nie stanowi nienależytego wykonania lub niewykonania umowy.

Oświadczenie o rozwiązaniu umowy z zachowaniem dwumiesięcznego okresu wypowiedzenia należy złożyć w terminie nie później niż w ciągu 30 dni od dnia zakończenia negocjacji. Przez zakończenie negocjacji strony rozumieją nie osiągnięcie przez strony porozumienia w zakresie przedmiotu negocjacji w maksymalnym terminie 30 dni od daty wpłynięcia wniosku, o którym mowa w ustępie 2, do drugiej strony.

Zmiany o których mowa wymagają zawarcia aneksu/ porozumienia do umowy o zamówienie publiczne.”

Uzasadnienie

W dniu 28 listopada 2018 r. w Dzienniku Ustaw została opublikowana ustawa z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. z 2018 poz. 2215, dalej ustawa o PPK). Zgodnie z treścią art. 120 przywołanej powyżej ustawy, na jej mocy ulega zmianie treść ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 poz. 1986 z późn.zm.) poprzez wprowadzenie następujących zmian „w art. 142 w ust. 5 po pkt 3 dodaje się przecinek oraz pkt 4 w brzmieniu:

„4) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych”.

Przeniesienie do treści wzoru umowy treści art. 436 pkt. 4, Pzp nie można uznać za wystarczające. Zgodnie z brzmieniem art. 135 ustawy o PPK uregulowane zostały również aspekt procedury występowania o zmianę wysokości wynagrodzenia wykonawcy. Pozostawia bowiem szereg problemów praktycznych odnoszących się do rzeczywistej możliwości skorzystania przez Wykonawcę z przywołanego powyżej uregulowania. Na Zamawiającym ciąży obowiązek jasnego, precyzyjnego wyczerpującego określenia SIWZ, którego jednym z elementów jest wzór umowy. Mając powyższe na uwadze zasadnym jest uzupełnienie postanowień wzoru umowy o propozycje zgłoszone przez Wykonawcę a odnoszące się do trybu wprowadzenia zmiany wynagrodzenia w momencie jej zaistnienia.

Odpowiedź.

Zapisy o wnioskowaną zmianę umowy, zostały uregulowane w treści § 27 ust. 4-14 Projektowanych Postanowień Umowy (PPU) a zamawiający nie widzi potrzeby ich dalszej modyfikacji.

Pytanie 5.

Zamawiający w świetle udostępnionych wyjaśnień do SWZ wprowadził zmiany umożliwiające zmiany wynagrodzenia związanego z zmianą minimalnego wynagrodzenia o pracę. Prosimy o potwierdzenie iż Wykonawca kalkulując ofertę powinien uwzględnić znane na dzień składania ofert zmiany wynagrodzenia w roku 2024, a pierwsza waloryzacja nastąpi w styczniu 2025 oraz następna w styczniu 2026.

Odpowiedź.

Zamawiający potwierdza, że wykonawca kalkulując ofertę powinien uwzględnić znane na dzień składania ofert, zmiany minimalnego wynagrodzenia pracowników utrzymania czystości, zatrudnionych na umowę o pracę w roku 2024 r. (zgodnie z treścią Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 14 września 2023 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2024 r. - Dz.U. z 2023 r. poz. 1893).

Wymóg ten został nałożony na wykonawców, w treści kosztorysu ofertowego oraz oświadczeniu składanym na formularzu ofertowym (vide pkt 1). Mając powyższe na uwadze, pierwsza waloryzacja z tytułu zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, nastąpi w styczniu 2025 roku a następna w styczniu 2026 roku, na podstawie § 27 ust. 4 pkt 2 Projektowanych Postanowień Umowy (PPU).

Pytanie 6.

Prosimy o potwierdzenie iż załączniki nr 11, 12, 13 oraz 14 do SWZ składane są na wezwanie Zamawiającego.

Odpowiedź.

Tak, zamawiający potwierdza, iż załączniki nr 11-14 do SWZ są podmiotowymi środkami dowodowymi (PŚD) w rozumieniu art. 126 ust. 1 ustawy Pzp i są składane na wezwanie zamawiającego zgodnie z treścią klauzuli XV ust. 2 SWZ.

Pytanie 7.

Podana przez Państwo powierzchnia okien (w m²) w opcji mycia okien jest powierzchnią jednostronną czy dwustronną.

Odpowiedź.

Podana powierzchnia okien jest policzona jednostronnie. W stosunku do tak podanej powierzchni, mycie okien zgodnie z zapisami OPZ może być jednostronne lub dwustronne.

Pytanie 8.

Do kogo należy koszt zakupu mieszanki do odladzania w czasie „akcji zima”.

Odpowiedź.

Koszt zakupu mieszanki do odladzania (tj. bezpiecznego, ekologicznego środka zwalczającego gołoledź) zgodnie z treścią § 11 ust. 1 pkt 10 Projektowanych Postanowień

Umowy (PPU), leży po stronie wykonawcy. Koszt ten należy uwzględnić w kolumnie [10] kosztorysu ofertowego (załącznik nr 1 A do SWZ).

Wyjaśnienia i zmiany SWZ są wiążące dla wszystkich uczestników postępowania, stają się integralną częścią SWZ. Wyjaśnienia i zmiany SWZ należy uwzględnić przy sporządzaniu oferty.

w imieniu zamawiającego
Piotr Kosicki