



Świdwin, 23.09.2019 r.

Dotyczy: przetargu nieograniczonego prowadzonego pn. „Usługi sprzątania zewnętrznych powierzchni zlokalizowanych na terenie odpowiedzialności 21. Bazy Lotnictwa Taktycznego w Świdwinie”; sygnatura sprawy ZP/48/2019

ODPOWIEDZI NA WNIOSKI WYKONAWCÓW ZMIANA TREŚCI SIWZ

Zamawiający informuje, na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), że w przedmiotowym postępowaniu wpłynęły wnioski od Wykonawców z prośbą o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o treści jak poniżej:

Wniosek nr 1:

Prosimy o jednoznaczne wyjaśnienie i zmianę zapisów zawartych w rozdz. 3 pkt 4-6 SIWZ w brzmieniu:

- „4. Zamawiający zastrzega sobie możliwość skorzystania z prawa opcji, o którym mowa w art. 34 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Prawo opcji polegać będzie na możliwości zmniejszenia przedmiotu zamówienia w zakresie terenów utwardzonych w garnizonach: Świdwin, Mrzeżyno, Trzebiatów, Mirosławiec. Zamawiający gwarantuje realizację zamówienia w wysokości 50 % wartości wyrażonej ilościowo w formularzu cenowym i ofercie Wykonawcy. Pozostałe 50% stanowi opcje, które zostaną zrealizowane zgodnie z potrzebami i możliwościami finansowymi Zamawiającego.*
- 5. Podane przez Zamawiającego w załączniku nr 12 do SIWZ – Tereny utwardzone ilości powierzchni i częstotliwości usług są wartościami szacunkowymi, do których Zamawiający może wnosić stosowne korekty. W przypadku ilości powierzchni przekraczającej potrzeby Zamawiającego (np. organizacja placu budowy, zajęcie terenu zewnętrznego pod inne cele) zakres usług zostanie zmniejszony, a kwota wynagrodzenia Wykonawcy zostanie pomniejszona o kwotę wynikającą z iloczynu pomniejszonej powierzchni i ceny jednostkowej dla danej powierzchni.*

6. *Zmiana powierzchni sprzątanej lub częstotliwość usług może mieć charakter trwały lub czasowy (do odwołania)."*

Uwzględniając fakt, iż precyzyjne określenie przedmiotu zamówienia jest niezbędne do obliczenia ceny oferty wnosimy o :

- a) Wyjaśnienie czy w Formularzu oferty (zał. Nr 2 do SIWZ) oraz Formularzach cenowych (zał. nr 7 do SIWZ) i w opisie przedmiotu zamówienia określone są ilości obejmujące łącznie 50% gwarantowanego zamówienia oraz 50% zamówienia w prawie opcji?
- b) Wykreślenie z rozdz. 3 pkt 5 w brzmieniu jw.

W uzasadnieniu słuszności stanowiska wskazanego w lit. b) powyżej należy wskazać, iż Zamawiający zadeklarował w rozdz. 3 pkt 4 SIWZ prawo opcji w wysokości 50% oraz gwarantuje realizację zamówienia w wysokości 50 % wartości wyrażonej ilościowo w formularzu cenowym i ofercie Wykonawcy.

W świetle ww. zapisów Zamawiający w dniu podpisania umowy może ograniczyć zakres i wynagrodzenie wykonawcy do 50% w stosunku do wynagrodzenia zadeklarowanego w Formularzu oferty i wyliczonego w Formularzach cenowych. Niemniej jednak nie może zmniejszać gwarantowanego wyżej zakres usług oraz kwoty wynagrodzenia, a tym samym należy wykreślić zapis zawarty rozdz. 3 pkt 5 SIWZ oraz w Projekcie umowy (Zał. Nr 5 do SIWZ).

Odpowiedź nr 1:

- a) Tak, Zamawiający podał łącznie ilości gwarantowane oraz w ramach prawa opcji (100%).
- b) Zamawiający, **na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy, zmienia specyfikację istotnych warunków zamówienia** poprzez nadanie nowego brzmienia:
- w rozdziale 3 pkt 4 i 5 SIWZ, w sposób jak poniżej:

„4. Zamawiający zastrzega sobie możliwość skorzystania z prawa opcji, o którym mowa w art. 34 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Prawo opcji polegać będzie na możliwości zmniejszenia przedmiotu zamówienia w zakresie terenów utwardzonych w garnizonach: Świdwin, Mrzeżyno, Trzebiatów, Mirosławiec. Zamawiający gwarantuje realizację zamówienia w wysokości 50% powierzchni utwardzonych. Pozostałe usługi zależne są m.in. od warunków atmosferycznych w poszczególnych porach roku (tj. susza, opady śniegu, gołoledź, zlodowacenia, intensywne opady deszczu). Realizacja tych usług uwarunkowana jest od skutków zdarzeń, o których mowa w zdaniu poprzednim oraz faktycznych potrzeb.

5. *Podane przez Zamawiającego w załączniku nr 12 do SIWZ – Tereny utwardzone ilości powierzchni i częstotliwości usług są wartościami szacunkowymi, do których Zamawiający może wносить stosowne korekty. W przypadku ilości powierzchni przekraczającej potrzeby Zamawiającego (np. organizacja placu budowy, zajęcie terenu zewnętrznego pod inne cele) zakres usług zostanie zmniejszony, a kwota wynagrodzenia*

Wykonawcy zostanie pomniejszona o kwotę wynikającą z iloczynu pomniejszonej powierzchni i ceny jednostkowej dla danej powierzchni, z zastrzeżeniem,, iż Zamawiający nie może zmniejszyć gwarantowanej realizacji umowy na poziomie 50% powierzchni utwardzonych”

– w projekcie umowy §1 ust. 3 i 4, w sposób jak poniżej:

- „3. Zamawiający zastrzega sobie możliwość skorzystania z prawa opcji, o którym mowa w art. 34 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Prawo opcji polegać będzie na możliwości zmniejszenia przedmiotu zamówienia w zakresie terenów utwardzonych w garnizonach: Świdwin, Mrzeżyno, Trzebiatów, Mirostawiec. Zamawiający gwarantuje realizację zamówienia w wysokości 50% powierzchni utwardzonych. Pozostałe usługi zależne są m.in. od warunków atmosferycznych w poszczególnych porach roku (tj. susza, opady śniegu, gołoledź, zlodowacenia, intensywne opady deszczu). Realizacja tych usług uwarunkowana jest od skutków zdarzeń, o których mowa w zdaniu poprzednim oraz faktycznych potrzeb.*
- 4. Podane przez Zamawiającego w załączniku nr 2 do umowy – Wykaz powierzchni utwardzonych, ilości powierzchni i częstotliwości usług są wartościami szacunkowymi, do których Zamawiający może wносить stosowne korekty. W przypadku ilości powierzchni przekraczającej potrzeby Zamawiającego (np. organizacja placu budowy, zajęcie terenu zewnętrznego pod inne cele) zakres usług zostanie zmniejszony, a kwota wynagrodzenia Wykonawcy zostanie pomniejszona o kwotę wynikającą z iloczynu pomniejszonej powierzchni i ceny jednostkowej dla danej powierzchni, z zastrzeżeniem,, iż Zamawiający nie może zmniejszyć gwarantowanej realizacji umowy na poziomie 50% powierzchni utwardzonych”*

Ponadto, zgodnie z wyrokiem KIO 2171/16 z dnia 28 listopada 2016 r, „(...) to zamawiający określa zasady, na których chce zawrzeć umowę (...) Zamawiający jako dysponent środków publicznych ma uprawnienia do kształtowania postanowień umowy zgodnie ze swoimi potrzebami i wymaganiami. Zamawiający działa bowiem w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb o charakterze publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu mogłoby prowadzić do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Oznacza to, że ryzyko ponoszone przez zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy.”

Wniosek nr 2:

Wnosimy o zmianę Projektu Umowy (Zał. Nr 5 do SIWZ) dot. zmiany Pracownika świadczącego Usługi, poprzez dodanie w §3 ust.1 umowy lit.c) w następującym brzmieniu:

- „c) w przypadku rozwiązania z jakiegokolwiek powodu stosunku pracy z Pracownikiem wykonującym pracę na rzecz Wykonawcy w ramach niniejszej umowy lub w przypadku konieczności przeniesienia Pracownika na inne stanowisko pracy.”*

Odpowiedź nr 2:

Zamawiający nie przychyliła się do wniosku Wykonawcy. Kwestie porusza zapis §3 ust. 1 lit. b) projektu umowy.

Wniosek nr 3:

Wnosimy o wykreślenie z Projektu umowy zapisów zawartych w:

- **§ 4 ust. 2 w brzmieniu:**

„Zamawiający gwarantuje Wykonawcy realizację usługi w terminie do 31.12.2020 r. Pozostały okres, Wykonawca zrealizuje w przypadku uzyskania przez Zamawiającego środków finansowych przeznaczonych na realizację przedmiotowej usługi w roku 2021 i 2022.”

- **§ 6 ust. 1 lit. h- j dających Zamawiającego prawo do zmiany umowy w okolicznościach:**

„h) skrócenie terminu realizacji umowy - do 31 grudnia 2020 r. - zmniejszenie wynagrodzenia wykonawcy, w przypadku, gdy Zamawiający nie uzyska środków finansowych na realizację przedmiotu umowy w roku 2021r.

i) skrócenie terminu realizacji umowy - do 31 grudnia 2021r. - zmniejszenie wynagrodzenia wykonawcy, w przypadku, gdy zamawiający nie uzyska środków finansowych na realizację przedmiotu umowy w roku 2022 r.

j) zmniejszenie zakresu wykonywanej umowy - zmniejszenie wynagrodzenia wykonawcy w przypadku, gdy Zamawiający nie otrzyma środków finansowych niezbędnych do wykonania całości przedmiotu zamówienia w latach 2021- 2022r.”

Zgodnie z obowiązującymi przepisami Zamawiający obowiązany jest posiadać środki finansowe na realizację zamówienia. Jeśli ich nie ma na okres 3lat, obowiązany jest ogłosić przetarg na okres na który posiada te środki. Powyższe postanowienia w sposób nieuprawniony naradzają równowagę ekonomiczną umowy zawieranej w wyniku przetargu, dając Zamawiającego jednostronne prawo do ograniczenia przedmiotu umowy, który w istotny sposób zmienia charakter tej umowy. Takie postanowienia są całkowicie sprzeczne z przepisami ustawy, co potwierdza orzecznictwo.”

Zgodnie z wyrokiem II GSK 1841/15 - wyrok NSA (N) z dnia 08-03-2017 „W świetle art. 144 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) zamawiający musi określić w precyzyjny sposób przypadki, w których zmiana umowy będzie dopuszczalna z jednoczesnym określeniem szczegółowych warunków takiej zmiany, których stopień szczegółowości - na etapie postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego - z oczywistych wręcz względów nie pozostaje bez wpływu na treść i wartość składanych przez wykonawców ofert.”

Z kolei wyrok KIO 2219/17 - wyrok KIO z dnia 30-11-2017, stanowi, iż:

1. Przepisy ustawy nie określają stopnia szczegółowości opisu warunków zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego. Warunki zmiany umowy (klauzule) nie mogą być jednak konstruowane w sposób niedookreślony. Przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) uprawniają zamawiającego w myśl do swobodnego kształtowania postanowień umownych, nie jest to jednak prawo nieograniczone. Treść umowy musi bowiem pozostawać w zgodności z przepisami Kodeksu cywilnego jako podstawowego aktu prawnego regulującego stosunki cywilnoprawne.

2. Zakazane jest modyfikowanie postanowień umowy o zamówienie publiczne w taki sposób, że zakres lub wielkość zamówienia zależy w całości od zdarzeń przyszłych i niepewnych. Zmiana istotna to w szczególności zmiana, wprowadzająca warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, spowodowałyby, że wzięliby lub mogliby wziąć w nim udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści, czy zmiana rozszerzająca lub zmniejszająca zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy. Przyznanie sobie prawa do wprowadzania istotnych zmian umowy bez zgody wykonawcy, jednocześnie bez przewidzenia jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy i charakteru oraz warunków wprowadzenia zmian rodzi stan niepewności wykonawcy zarówno co do zakresu redagowania postanowień umownych arbitralną decyzją zamawiającego, wysokości należnego wynagrodzenia wykonawcy jak i ewentualnych ryzyk takich zmian pierwotnego zobowiązania umownego nie ma oparcia w przepisach prawa i nie może się ostać.”.

W wyroku KIO 1040/15 - wyrok KIO z dnia 15-06-2015 Izba stwierdziła

I. Zamawiający zobowiązany jest do jednoznacznego formułowania postanowień specyfikacji tak, aby wykonawcy składający ofertę byli świadomi rzeczywistego zakresu zamówienia, jego warunków, okoliczności wpływających na jego realizację oraz mieli możliwość rzetelnego obliczenia ceny za wykonanie zamówienia.

II. Artykuł 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) odnoszący się do zmiany umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego, może być naruszony przez Zamawiającego w trakcie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji gdy Zamawiający wprowadza do umowy w sprawie zamówienia publicznego zmiany, które mają charakter istotny w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy do realizacji zamówienia i jeżeli możliwości takiej zmiany i jej warunków nie przewidział w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji.

Ponadto w wyroku SA/Wr 1523/16 - wyrok WSA Wrocław z dnia 07-06-2017 orzeczono:

1. Artykuł 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579) wprowadza względny zakaz istotnych zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, który polega na tym, że zmiany takie są dopuszczalne, jeżeli zamawiający przewidział możliwość ich dokonania

w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ oraz określił warunki takiej zmiany. Przewidziana zmiana musi zatem zostać skonkretyzowana w odniesieniu do zmienianych postanowień umowy poprzez zidentyfikowanie materii podlegającej ewentualnej zmianie, a warunki, na jakich nastąpi, muszą być ściśle określone, zarówno w aspekcie materialnym - poprzez wskazanie okoliczności, których zaistnienie spowoduje możliwość jej dokonania, jak i w aspekcie formalnym - poprzez określenie sposobu postępowania stron, który ma finalnie doprowadzić do podpisania aneksu (poinformowanie drugiej strony o zaistnieniu okoliczności umożliwiających zmianę umowy, zainicjowanie negocjacji, zasady ich prowadzenie itp.). z kolei zmiany nieistotne mogą być wprowadzane do umowy bez ograniczeń.

2. Względny zakazem zmian umowy będą zawsze objęte zmiany istotne w stosunku do treści oferty, a zatem takie, które mogły mieć wpływ na krąg wykonawców ubiegających się o zamówienie. Ofertę należy przy tym rozumieć szeroko, jako całokształt zobowiązania wykonawcy w niej zawartego, który składając tę ofertę, akceptuje SIWZ wraz z załączonym do niej wzorem umowy. Uznanie, iż oferta obejmowałaby jedynie te treści, które zamawiający ocenia na podstawie określonych w SIWZ kryteriów całkowicie wypaczyłoby sens zakazu zmian umowy przewidzianego w art. 144 ust. 1 ww. ustawy. Oznaczałoby to bowiem dopuszczenie nieograniczonych zmian w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, warunków i zasad jego realizacji, z wyłączeniem jedynie ceny i innych ewentualnie kryteriów oceny ofert, które określił zamawiający w danym postępowaniu.

Odpowiedź nr 3:

Budżet jednostki wojskowej, jako dysponenta środków publicznych, jest uchwalany na rok kalendarzowy, w związku z powyższym tego typu zapisy w umowach są jak najbardziej poprawne. Powyższa kwestia została opisana w wyroku KIO 2171/16 z dnia 28 listopada 2016 r. „Kwestionowanie przez Odwołującego postanowienia § (...), wzoru umowy, warunkujące realizację umowy w roku 2018 od przyznania środków finansowych na ten cel jest typowym postanowieniem, zawierającym w umowach przez jednostki sektora finansów publicznych, dla których środki finansowe przyznawane są corocznie przez ich jednostkę nadrzędną.”

Ponadto, Zamawiający w §6 projektu umowy, a także w treści SIWZ, przewidział i opisał, w sposób precyzyjny, okoliczności w jakich może dojść do skrócenia terminu wykonania umowy.

Wniosek nr 4:

Wnosimy o zmianę ust. 5 w § 5 z Projektu umowy poprzez zastąpienie go zapisem w następującym brzmieniu:

„5. W razie nieuregulowania należności w terminie, o którym mowa w §5 ust. 4 Zamawiający zobowiązany będzie zapłacić odsetki ustawowe za opóźnienie za każdy dzień zwłoki w realizacji zapłaty.”

Odpowiedź nr 4:

Zamawiający, **na podstawie art. 38 ust. 4 umowy, zmienia** treść §5 ust. 5 projektu umowy i nadaje mu nowe brzmienie:

„5. W razie nieuregulowania należności w terminie, o którym mowa w §5 ust. 4 Zamawiający zobowiązany będzie zapłacić odsetki ustawowe za opóźnienie za każdy dzień zwłoki w realizacji zapłaty.”

Wniosek nr 5:

Wnosimy o dodanie w § 6 Projektu umowy ust.10 w następującym brzmieniu:

„10. W przypadku ziszczenia się przesłanek do waloryzacji wynagrodzenia, o których mowa w niniejszym paragrafie, Strony są zobowiązane do zawarcia aneksu, w którym zostanie określona stosowna zmiana. Datą wejścia zmian w życie jest data wejścia w życie przepisów prawa mających wpływ na wysokość wynagrodzenia. W przypadku nieuzasadnionego niezaakceptowania wniosku o waloryzację wynagrodzenia, Stronie, której wniosek nie został zaakceptowany przysługuje prawo złożenia powództwa do powszechnego sądu cywilnego z żądaniem złożenia przez drugą ze stron oświadczenia woli o odpowiedniej treści. Strona, która w sposób nieuzasadniony odmówiła zaakceptowania wniosku drugiej Strony, będzie odpowiedzialna za szkody wyrządzone z tego tytułu.”

W uzasadnieniu słuszności naszego wniosku należy wskazać, iż dotychczasowe zapisy umów, sprzecznie z obowiązującymi przepisami, nie gwarantują wykonawcy waloryzacji wynagrodzenia umownego od dnia wejścia w życie zmian przepisów prawa wskazanych w art. 142 w ust. 5 ustawy.

Zaznaczyć w tym miejscu należy, iż wykonawca ponosi koszty zmian przepisów prawa wskazanych w art. 142 w ust. 5 ustawy od dnia ich wejścia w życie.

Zgodnie z opinią prawną UZP pn. „Waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujących od dnia 19 października 2014 r.”:

- „Zasadniczym celem wprowadzenia przepisu art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, wskazanym w uzasadnieniu do projektu ustawy nowelizacyjnej, jest ochrona wykonawcy przed stratami, jakie może on ponieść w związku z podwyższeniem ciężarów publicznoprawnych wchodzących w koszty realizacji zamówienia.”;
- „Za „odpowiednią zmianę wynagrodzenia”, należy zatem przyjąć taką zmianę, która dostosowuje wprost proporcjonalnie wynagrodzenie wykonawcy do poziomu kosztów ponoszonych na realizację zamówienia w związku ze zmianami przepisów prawnych wymienionych w art. 142 ust.

5 ustawy Pzp. Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 346/15), „zmiana (wynagrodzenia – przyp. wł.) powinna być „adekwatna”, wynikająca wprost z zaistniałej zmiany przepisów prawa. Kwota, o jaką zmienione zostanie wynagrodzenie, nie powinna być ani niższa, ani wyższa niż to wynika ze zmiany przepisów prawa”.

Ponadto zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 16 marca 2015 r., KIO 413/15 „Zmiana powinna być „adekwatna”, wynikająca wprost z zaistniałej zmiany przepisów prawa. Kwota, o jaką zmienione zostanie wynagrodzenie, nie powinna być ani niższa, ani wyższa niż to wynika ze zmiany przepisów prawa. Nie można przyjąć, że koszty finansowe zmian przepisów prawa będą obciążać wykonawcę i zamawiającego. Zgodnie bowiem z doktryną i judykaturą koszt waloryzacji umowy obciąża wyłącznie zamawiającego, co uniemożliwia rozkładanie go na strony umowy. Obciążenie kosztami zmian legislacyjnych w tym zakresie spoczywa na zamawiającym.”.

W świetle ww. opinii prawnej UZP i orzecznictwa KIO waloryzacja wynagrodzenia wykonawcy w trybie w art. 142 w ust. 5 ustawy ma obowiązywać od dnia wejścia w życie zmian przepisów prawa wskazanych w art. 142 w ust. 5 ustawy.

Odpowiedź nr 5:

Zamawiający, na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy, zmienia treść §6 projektu umowy, poprzez wykreślenie:

- ust. 3-8 i nadanie im nowego brzmienia o poniższej treści:

„3. W przypadku wprowadzenia zmian w przepisach powszechnie obowiązujących, w zakresie określonym w ust.2, Zamawiający wprowadzi zmiany do postanowień umowy, zwiększające wynagrodzenie, gdy Wykonawca uzasadni wpływ tych zmian na koszty wykonania przez niego przedmiotu umowy. Wykonawca zobowiązany jest do złożenia wniosku z uzasadnieniem zwiększenia wynagrodzenia, wraz z wykazem osób skierowanych do realizacji zamówienia objętego niniejszą umową oraz podstawy ich dysponowania (rodzaj umowy), w terminie umożliwiającym zawarcie aneksu, w terminie wejścia w życie zmiany w przepisach prawa.

Waloryzacja wynagrodzenia Wykonawcy jest obligatoryjna od daty wejścia w życie przepisów, na podstawie których zwiększa się koszty wykonania przedmiotu zamówienia.

- 4. Zamawiający zastrzega sobie prawo do żądania pisemnego uzasadnienia wysokości wzrostu wynagrodzenia w związku z kosztem realizacji zamówienia, wynikającego ze zmiany stawki VAT, przy czym zmiana wynagrodzenia nie może być ani niższa ani wyższa niż to wynikało ze zmiany przepisów prawa.*
- 5. W przypadku zmiany, o której mowa w ust. 2 lit. a), wartość netto wynagrodzenia Wykonawcy nie zmieni się, a określona wartość brutto wynagrodzenia zostanie wykonana z uwzględnieniem stawki podatku od towaru i usług wynikającej ze zmienionych przepisów.*
- 6. W przypadku zmiany, o której mowa w ust. 2 lit. b)-c), wynagrodzenie Wykonawcy zostanie podwyższone o wartość, o jaką wzrosną całkowite koszty wykonania umowy ponoszone przez Wykonawcę wynikające ze zmian wynagrodzeń,*

ubezpieczenia społecznego lub ubezpieczenia zdrowotnego osób fizycznych, bezpośrednio wykonujących czynności na rzecz Zamawiającego, zgodnie z postanowieniami umowy.

7. *W przypadku zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w art. 142 ust. 5 pkt 4 ustawy, wynagrodzenia Wykonawcy ulegnie modyfikacji o wartość zmiany całkowitego kosztu Wykonawcy, jaki Wykonawca jest zobowiązany ponieść w obligatoryjnym zakresie określonym powszechnie obowiązującymi przepisami prawa.*
8. *W przypadkach, o których mowa w §6 ust. 2 przed zawarciem aneksu, Wykonawca zobowiązany jest udokumentować koszty w okresie rozliczeniowym (miesięcznym) i do końca trwania umowy. Aneks ten powinien zostać zawarty w terminie 30 dni od daty skutecznego udokumentowania przez Wykonawcę przypadków uprawniających do zawarcia aneksu.”*

Wniosek nr 6:

Wnosimy o zmianę treści SIWZ, w tym Projektu umowy, dot. zatrudnienia na umowę o pracę w brzmieniu:

„Zamawiający, stosownie do art. 29 ust.3a ustawy Pzp, wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub jego Podwykonawcę (o ile występuje), na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz.U. z 2018 poz. 917 ze zm.), na cały okres obowiązywania umowy, osób wykonujących następujące czynności: codzienne ręczne lub mechaniczne zmiatanie chodników, dróg i powierzchni utwardzonych.”

Powyższe postanowienia SIWZ są nieracjonalne, nieuzasadnione ekonomicznie i narażają Zamawiającego i Wykonawcę na ponoszenie niepotrzebnych kosztów.

W uzasadnieniu powyższego należy wskazać, iż w załączniku nr 1 do umowy - opis przedmiotu zamówienia, są wskazane m.in. usługi sezonowe, cykliczne, okresowe, w szczególności takie jak: polimeryzacja, usuwanie śniegu i lodu z terenów utwardzonych oraz posypywanie piaskiem, koszenie trawników, grabienie skoszonej trawy, rozgrabianie kretowisk, przycinanie obrzeży trawników usuwanie opadłego listowia i gałęzi itp.

W świetle ww. postanowień SIWZ wykonawca obowiązany jest zatrudnić na umowę o pracę nie tylko wszystkie osoby, które wykonają usługi ciągłe (tj. sprzątanie pomieszczeń, sprzątanie terenów zewnętrznych), ale również wszystkie osoby, które sporadycznie lub tylko w pewnym okresie roku będą realizować przedmiot umowy w ramach usług sezonowych, cyklicznych, okresowych czy w ramach zastępstwa w przypadku choroby, urlopu. Uwzględniając powyższe należy uznać, iż nieracjonalne i niekorzystne ekonomicznie jest żądanie Zamawiającego dot. zatrudnienia na umowę o pracę osób, które sporadycznie będą wykonywać umowę. Racjonalne jest bowiem zatrudnienie ww. osób na umowę cywilnoprawną (umowę zlecenie). Zaznaczyć w tym miejscu trzeba, iż koszty osobowe z tytułu zatrudnienia na umowę o pracę są wyższe i mają wpływ na cenę niniejszego zamówienia. W tym stanie rzeczy kwestionowane zapisy SIWZ godzą w cel postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, powodując nieuzasadniony wzrost ceny zamówienia. Podkreślić jednocześnie należy, iż Zamawiający, wydatkujący środki publiczne, musi działać w sposób celowy i gospodarny.

W świetle powyższego zasadnym i zgodnym z obowiązującymi przepisami jest dopuszczenie możliwości zatrudnienia na umowę – zlecenie osób zmienników w przypadku choroby, urlopu lub osób wykonujących ww. usługi sezonowe, cykliczne, okresowe.

Słuszność powyższego stanowiska potwierdza Urząd Zamówień Publicznych (UZP), a także powołane niżej orzecznictwo KIO. W publikacji UZP pt. „Zrównoważone zamówienia publiczne. Aspekty społeczne i środowiskowe w procedurze udzielania zamówienia w świetle nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych” UZP wskazuje co następuje:

„Zamawiający powinien postawić wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę tylko w odniesieniu do tych czynności, które kwalifikują się jako zatrudnienie na podstawie umowy o pracę. W przypadku, w którym w ramach realizacji zamówienia jeden pracownik będzie wykonywał zarówno czynności mające cechy stosunku pracy, jak również czynności kwalifikujące się do zawarcia umowy cywilnoprawnej, wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w odniesieniu do tej osoby będzie miał zastosowanie tylko, jeśli czynności mające charakter stosunku pracy są przeważające w stosunku do pozostałych czynności przypisanych tej osobie (tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 września 1998 r., I PKN 334/98).”

Tym samym, w przypadku czynności cyklicznych, okresowych lub sezonowych (np. polimeryzacja, koszenie, utrzymanie zimowe, itd.) osoby, które je wykonują nie muszą być zatrudnione na umowę o pracę i mogą być zatrudnione na umowę cywilnoprawną (zlecenie). Powyższe potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 grudnia 2016 r., sygn. akt: KIO 2280/16, powołany w ww. publikacji UZP, zgodnie z którym:

„Izba podzieliła stanowisko odwołującego i nakazała wykreślenie wymogu zatrudnienia osób na umowę o pracę od rozpoczęcia świadczenia usług aż do końca realizacji przedmiotu zamówienia. Co do zasady Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że ten uprawniony jest przy opisie przedmiotu zamówienia do określenia wymogu, iż osoby zajmujące określone stanowiska lub wykonujące określone czynności były zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Jednakże zdaniem Izby, odwołujący słusznie zwrócił uwagę na specyfikę wykonywania czynności związanych z obsługą nośników zimowego utrzymania dróg. Są to czynności wykonywane tylko w pewnym okresie roku, zatem utrzymanie całego personelu przez cały okres realizacji zamówienia na pełnym etacie nie znajduje racji bytu.”

Uwzględniając powyższe wnosimy o zmianę ww. zapisu SIWZ, w tym umów, na zapis w brzmieniu:

„Zamawiający, stosownie do art. 29 ust.3a ustawy Pzp, wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub jego Podwykonawcę (o ile występuje), na podstawie

umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz.U. z 2018 poz. 917 ze zm.), na cały okres obowiązywania umowy, osób wykonujących następujące czynności: codzienne ręczne lub mechaniczne zmiatanie chodników, dróg i powierzchni utwardzonych, z wyłączeniem osób zmienników w przypadku choroby, urlopu lub osób wykonujących prace sezonowe, cykliczne, okresowe.”.

Odpowiedź nr 6:

Zgodnie z zapisami rozdziału 3 SIWZ, Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę jedynie pracowników wykonujących czynności codziennego ręcznego lub mechanicznego zmiatania chodników, dróg i powierzchni utwardzonych. Wskazane czynności spełniają kryteria stosunku pracy, gdyż zaistniały określone przesłanki, takie jak podporządkowanie pracownika poleceniom pracodawcy, świadczenie pracy osobiście, wykonywanie pracy za wynagrodzeniem, w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę. Istotnym czynnikiem jest również powtarzalność wykonywania pracy. Zamawiający nie dokonuje żadnych zmian w tym zakresie.

Ponadto, Zamawiający, **na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy, zmienia** tekst o treści: *„W przypadku konieczności zmiany - w okresie trwania umowy - osób wykonujących czynności w ramach przedmiotu umowy Wykonawca zobowiązany jest do przekazania Zamawiającemu kopii umów o pracę zawartych z tymi osobami. Obowiązek ten Wykonawca zrealizuje w terminie 3 dni od dokonania zmiany”* załącznika nr 1 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia), na nowy, o następującym brzmieniu:

„W przypadku konieczności zmiany, w okresie trwania umowy, osób wykonujących czynności codziennego ręcznego lub mechanicznego zmiatania chodników, dróg i powierzchni utwardzonych, Wykonawca zobowiązany jest do przekazania Zamawiającemu - właściwemu kierownikowi SOI, dowodów potwierdzających zatrudnienie pracownika na podstawie umowy o pracę, o których mowa w §2 ust. 10 umowy. Obowiązek ten Wykonawca zrealizuje w terminie 5 dni od dokonania przedmiotu zmiany

Wniosek nr 7:

Zgodnie z opinią prawną UZP z września 2019 r. pt. „Dopuszczalność zmiany umowy o udzielenie zamówienia publicznego” wnosimy o wprowadzenie do umów, stanowiących załączniki do SIWZ, w paragrafie dotyczącym *Waloryzacji cen*, klauzuli kontraktowych umożliwiających dostosowywanie warunków realizacji zamówienia publicznego do zmieniającego się otoczenia gospodarczego lub warunków rynkowych, poprzez w prowadzenia w nich zapisu w następującym brzmieniu:

- *„Strony dokonają w drodze aneksu zmiany umowy w przypadku zjawisk gospodarczych zewnętrznych w stosunku do stron umowy i od nich niezależnych takich jak gwałtowna dekonstrukcja, ograniczenie dostępności surowców, istotny wzrost cen materiałów, w celu przywrócenia równowagi umowy zachwianej tymi zdarzeniami.”*
- *„Stawki wynagrodzenia należnego Wykonawcy podlegać będą waloryzacji w styczniu każdego roku obowiązywania niniejszej umowy*

począwszy od roku 2020r., zgodnie ze wskaźnikiem wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych ogłaszanym przez Prezesa GUS za rok poprzedni.”

W uzasadnieniu słuszności wnioskowanych zmian należy wskazać, zgodnie z ww. opinią prawną UZP, iż :

- „Mając na względzie, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest nabycie przez instytucję zamawiającą określonego świadczenia (dostawy, usługi lub roboty budowlanej) będącej efektem realizacji zawartej umowy, instytucje zamawiające powinny formułować warunki i zasady tej realizacji w taki sposób by uwzględniać otoczenie społeczno – gospodarcze wykonywania umów, warunki funkcjonowania rynku określonych dostaw, usług lub robót budowlanych, tak aby w określonym zakresie móc reagować na zmiany tego otoczenia bez uszczerbku dla realizacji zamówionego świadczenia(...)
- Strony stosunku prawnego wynikającego z przyjętego zobowiązania do wykonania zamówienia publicznego mają możliwość wprowadzenia zmian do umowy w szczególności w oparciu o klauzule wskazane w treści art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W treści art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jako szczególny element umowy o wykonanie zamówienia publicznego, który może podlegać modyfikacjom na podstawie klauzul umownych wskazana została wprost możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy. Z brzmienia tego przepisu można wnioskować, iż staranny zamawiający, znając czynniki jakie wpływają na poziom kalkulacji cen ofertowych, a także mechanizmy funkcjonowania rynku, w szczególności w ramach kontraktów długoterminowych, powinien formułować klauzule pozwalające na dostosowywanie poziomu wynagrodzenia wykonawcy do zmieniających się okoliczności. W szczególności w zakresie kosztów usług lub dostaw służących realizacji świadczenia oraz kosztów osobowych, w taki sposób aby niwelować, w zakresie w jakim jest to możliwe do przewidzenia, negatywne skutki takich zmian, w szczególności konsekwencje związane z zachwianiem równowagi ekonomicznej zawartej umowy.
- Jeśli określone zdarzenia społeczne, finansowe lub ekonomiczne były lub są obserwowane w gospodarce i cechuje je określona ciągłość lub cykliczność to winny być one uwzględniane w ramach klauzul umownych, o których mowa w art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, dzięki którym możliwe będzie przywrócenie równowagi umowy zachwianej tymi zdarzeniami. Należy ponownie zauważyć, iż należyta staranność w działaniu zamawiającego przed zawarciem umowy realizuje się w szczególności poprzez wprowadzenia do jej treści klauzul, o których mowa w art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.”.

Odpowiedź nr 7:

Zamawiający, w §6 Projektu umowy, zawarł zapisy zmian umowy, przewidziane na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 1) ustawy oraz art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Określenie warunków umowy to kompetencja zamawiającego, więc może on wymagać od Wykonawcy, aby zawarł z nim umowę na określonych warunkach. Podkreślenia wymaga fakt, że nie wszystkie działania niekorzystne dla Wykonawców są jednocześnie działaniem niezgodnym z prawem. Nowelizacja wprowadziła do ustawy Pzp obowiązek dotyczący formułowania klauzul waloryzacyjnych dotyczących czterech obszarów. Ustawa nie reguluje kwestii stosowania klauzul waloryzacyjnych innych niż „obowiązkowe”. Przepisy ustawy w odniesieniu do niektórych czynników cenotwórczych, nadały klauzulom waloryzacyjnym charakter obligatoryjny. W obecnym stanie prawnym, stosownie do treści art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, każda instytucja zamawiająca przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zobowiązana jest do przygotowania odpowiednich zapisów umownych, które służyć będą waloryzacji świadczeń należnych wykonawcy w stosunku do zmiany poziomu, określonych treścią przywołanego przepisu, czynników wpływających na cenę wykonania zamówienia publicznego.

W przypadku, gdy nieprzewidywalna, nadzwyczajna zmiana stosunków spowodowałaby, że spełnienie świadczenia groziłoby jednej ze stron rażącą stratą wówczas na podstawie art. 357¹ KC można domagać się tzw. waloryzacji sądowej. Waloryzację sądową, poza ww. przykładami może uzasadniać np. nadzwyczajny wzrost cen paliw czy materiałów budowlanych.

Pozostałe zapisy SIWZ pozostają bez zmian, w tym termin otwarcia i składania ofert. Wykonawcy związani niniejszymi zmianami.

DOWÓDCA

/-/ płk dypl. pil. Karol JĘDRASZCZYK