



Olsztyn, dnia 21.02.2020 r.

ZP.272.1.10.2020

*Do wszystkich wykonawców
uczestniczących w postępowaniu*

WYJAŚNIENIE I ZMIANA TREŚCI SIWZ

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest **usługa sprzątania powierzchni biurowych i użytkowych będących własnością Województwa Warmińsko-Mazurskiego wraz z utrzymaniem czystości, konserwacją zieleni, odśnieżaniem posesji i chodników przyległych do budynków.**

Zamawiający, działając na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) przekazuje treść zapytań wraz z wyjaśnieniami.

Pytanie 1

Prosimy o skrócenie terminu płatności faktury do 14 dni.

Odpowiedź 1

Zamawiający wyraża zgodę na skrócenie terminu płatności faktury do 14 dni od dostarczenia Zamawiającemu prawidłowo wystawionej faktury/rachunku.

Pytanie 2

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 zmniejszenie o 50% wysokości kar, zastrzeżonych przez Zamawiającego.

Przewidziane przez Zamawiającego kary są niewspółmiernie wysokie do wartości zamówienia oraz do czasu trwania umowy. Poziom kar umownych jest zbyt wygórowany w stosunku do wskazanych nieprawidłowości stanowiących podstawę ich naliczenia. Wykorzystywanie przez Zamawiającego - będącego silniejszą stroną stosunku prawnego powstającego w wyniku udzielenia zamówienia - jego pozycji do zastrzegania na swoją rzecz kar umownych, których wysokość jest wygórowana jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, a tym samym winno być uznane za wykraczające poza dopuszczalne zgodnie z art. 3531 Kodeksu cywilnego granice swobody umów. Uprzywilejowana pozycja Zamawiającego oraz zasadniczo jednostronne określanie istotnych warunków przyszłej umowy sprawia, że umowa o udzielenie zamówienia staje się niejako umową adhezyjną, podczas gdy winna zmierzać do zabezpieczenia interesów obu stron, a kara umowna nie powinna prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego, ponieważ jej celem jest dyscyplinowanie stron do prawidłowego i terminowego wywiązywania się z przyjętych na siebie obowiązków umownych.

Dodatkowo, samą wysokość kar umownych należy uznać za nadmierną, a tym samym również sprzeczną z zasadami współżycia społecznego. Postanowienia umowne dotyczące kar w żaden sposób nie są związane z zabezpieczeniem interesu Zamawiającego i interesu publicznego związanego z uzyskaniem jak najlepszego zamówienia. W konsekwencji Zamawiający działa z przekroczeniem swobody umów łamiąc zasady współżycia społecznego wykorzystując instytucję kary umownej niezgodnie z jej naturą i przeznaczeniem.

1

Ponadto, Zamawiający wprowadzając takie postanowienia narusza zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, ogranicza konkurencję oraz utrudnia dostęp do rynku przedsiębiorcom, co może faktycznie wpłynąć na brak ofert. Na uwagę zasługuje również fakt, że wykonawca potencjalne ryzyko związane z naliczeniem kar umownych wkalkuluje w cenę oferty, co spowoduje, że złożone oferty będą mniej konkurencyjne, a Zamawiający poniesie większe koszty związane z udzieleniem zamówienia.

Odpowiedź 2

Zamawiający nie wyraża zgody na zmniejszenie o 50% kar umownych za nienależyte wykonanie usługi.

Pytanie 3

Zamawiający we wzorcu umowy określa sposób regulowania płatności za wykonaną usługę na podstawie wystawionej przez Wykonawcę faktury VAT. Czy zamawiający akceptuje wystawianie i dostarczanie w formie elektronicznej, w formacie PDF: nieustrukturyzowanych faktur, faktur korygujących oraz duplikatów faktur, zgodnie z art. 106n ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tj. Dz.U. z 2016 r., Nr 710, z późn. zm.)? Jeżeli tak, to bardzo proszę o modyfikację wzorca umowy w zakresie sposobu rozliczania się z wykonanej usługi poprzez dodanie następujących zapisów:

Strony akceptują wystawianie i dostarczanie w formie elektronicznej, w formacie PDF: nieustrukturyzowanych faktur, faktur korygujących oraz duplikatów faktur, zgodnie z art. 106n ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tj. Dz.U. z 2016 r., Nr 710, z późn. zm.). Faktury elektroniczne będą Zamawiającemu wysyłane na adres e-mail:

Zamawiający zobowiązuje się do poinformowania Wykonawcy o każdorazowej zmianie ww. adresu mailowego. Osobą upoważnioną do kontaktów w sprawie e-faktur ze strony Zamawiającego jest

Odpowiedź 3

Zamawiający akceptuje wystawianie i dostarczanie w formie elektronicznej, w formacie PDF: nieustrukturyzowanych faktur, faktur korygujących oraz duplikatów faktur, zgodnie z art. 106n ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tj. Dz.U. z 2016 r., Nr 710, z późn. zm.).

Pytanie 4

Proszę o wyjaśnienie, w jaki sposób wykonawca, ma uwzględnić w cenie ofertowej wszystkie koszty wykonania zamówienia, jeżeli nie jest znana i na dzień składania ofert nadal nie będzie znana wysokość oraz mechanizm ozusowania umów cywilnoprawnych, który ma obowiązywać od 2020 r; a SIWZ, w tym w szczególności umowa, nie zawiera klauzuli waloryzacyjnej, dotyczącej ww. zagadnienia.

Jednocześnie wskazuje, że zgodnie z powszechnie dostępnymi informacjami, od początku 2019 r. trwają prace, których celem jest pełne oskładkowanie umów cywilnoprawnych tj. umów zlecenia i umów o dzieło. Koncepcja ta została ujęta w Wieloletnim Planie Finansowym na lata 2019 – 2020 pod hasłem "ograniczenie unikania płacenia składek na ubezpieczenie emerytalne i rentowe", gdzie wskazano, że celem na rok 2020 jest "poszerzenie bazy przychodów z umów śmieciowych, od których płacone są składki na ubezpieczenia społeczne". Osiągnięcie ww. celu ma być zrealizowane poprzez wprowadzenie mechanizmu opłacania składek od całości umowy, a nie tylko do wysokości minimalnego wynagrodzenia. Aktualnie, od umów o dzieło opłaca się jedynie podatek dochodowy, a nie składki na ubezpieczenia społeczne. Ubezpieczenie zdrowotne jest w tym wypadku dobrowolne. W przypadku umowy zlecenia dopuszczalnych jest kilka rozwiązań. Tytułem przykładu wskazuję, że obecnie, w przypadku osoby zatrudnionej na kilku umowach zlecenia, składki są płatne tylko do osiągnięcia kwoty minimalnego wynagrodzenia z umów. Powyżej tej kwoty, ubezpieczenie społeczne nie jest już obligatoryjne, lecz dobrowolne. Jeśli wartość pierwszej umowy zlecenia jest mniejsza od minimalnego wynagrodzenia, to drugą umowę zlecenia należy również objąć składkami.

Po zmianie prawa, każda w umów zlecenia, niezależnie od jej wartości, zostawanie objęta obowiązkiem odprowadzenia składek na ubezpieczenie społeczne. Mechanizm, sposób wyliczenia i wysokość ww. składek nie jest jednak dotychczas znany.

Reasumując - przy aktualnej treści SIWZ - wykonawca nie ma możliwości ujęcia w cenie ofertowej wszystkich kosztów realizacji zamówienia z uwagi brak wytycznych, co do planowanych zmian prawa w zakresie zasad wyliczenia składek na ubezpieczenia społeczne od umów cywilnoprawnych. Koszty te - mimo jasnej rządowej deklaracji, co do planowanych i procedowanych zmian - nie mogą być kalkulowane lub nawet szacowane przez przedsiębiorców, gdyż brak jest podstawowych wskaźników lub mechanizmów, umożliwiających ich wyliczenie. Tym samym, pomimo wiedzy przedsiębiorców o planowanych zmianach - nie ma ani prawnej, ani ekonomicznej możliwości uwzględnienia w cenie ofertowej ww. ryzyka na racjonalnym poziomie.

Z uwagi na to, uprzejmie proszę o dodanie do projektu umowy postanowień aktualizacyjnych, zabezpieczających zarówno Zamawiającego, jak i wykonawcę przez skutkami wspomnianych zmian. Pozostawienie SIWZ i projektu umowy w dotychczasowej treści, naraża Zamawiającego na uzyskanie ofert nierealnych i nieodpowiadających swą wartością warunkom rynkowym. Zakupiona przez Zamawiającego usługa może wówczas okazać się świadczeniem o nieodpowiedniej jakości, a złożone oferty - ofertami z rażąco niskimi cenami lub odwrotnie - z ofertami o zawyżonych cenach. Wprowadzenie klauzul aktualizacyjnych przywróci uzasadnioną równowagę stron umowy oraz usunie ryzyko porzucenia kontraktu przez wykonawcę z powodu straty kontraktowej.

Wskazać należy, że wielkość ozusowania stanowi istotną pozycję w kosztach zatrudnienia, a zatem obowiązek dodatkowego finansowania ww. składek w miejscach, które dotychczas były wolne od tego obciążania, będzie skutkował nierentownością kontraktu. Tym samym zawarte kontrakty ulegną tzw. „dewaluacji”, a świadczenia stron staną się nieadekwatne i nieopłacalne dla wykonawcy. W takich okolicznościach, brak klauzul waloryzacyjnych, ustanowiony wyłącznie w celu ochrony własnych interesów ekonomicznych Zamawiającego, należy postrzegać jako nadużycie prawa.

Jednocześnie podkreślenia wymaga fakt, że niemal identyczne okoliczności były przyczyną dodania do ustawy Prawo zamówień publicznych art. 142 ust. 5. W uzasadnieniu przywołanej zmiany, wskazywano wówczas: przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwalała na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących zmian wysokości obciążeń publicznoprawnych. W efekcie, przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana np. podatku od towarów i usług (VAT) powodowała utratę marży, a w konsekwencji prowadziła do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Powyższe prowadziło do znacznego ograniczania przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Wyżej wskazane sytuacje odnosiły się przede wszystkim do umów wieloletnich, w trakcie trwania których wykonawcy byli zaskakiwani zmianami ciężarów publicznoprawnych oraz kosztami określanymi przez przepisy prawa. Ponadto, skutki dotyczące zmian wynagrodzenia odczuwają także pracownicy, przy czym jednocześnie zamawiający są narażeni na pogorszenie jakości wykonywanego zamówienia, np. przez zastąpienie materiałów potrzebnych do wykonania zamówienia materiałami tańszymi, które zazwyczaj są materiałami niższej jakości. Zniwelowanie powyższych działań może nastąpić dzięki wprowadzeniu zasady obowiązku wprowadzania do umów zapisów dotyczących odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia w ściśle określonych przypadkach.

Zauważyć należy, że ani ustawa Prawo zamówień publicznych, ani przepisy dotyczące wydatkowania środków publicznych lub dyscypliny finansów publicznych, ani też inne przepisy prawa, nie zawierają zakazu formułowania w treści SIWZ klauzul waloryzacyjnych, dopuszczających aktualizację wynagrodzenia w przypadku umów nieprzekraczających 12 miesięcy lub zaistnienia innych okoliczności niż wskazane w art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2014 r. (sygn. akt: II CSK 773/13) zastosowanie klauzul adaptacyjnych należy uznać za dopuszczalne pod warunkiem, że informacja o tym będzie zawarta w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszeniu o przetargu oraz zastosowanie

mechanizmu z art. 3581 § 2 k.c. nie ma na celu jakiegokolwiek modyfikacji warunków uzgodnionej umowy, lecz prowadzi ex lege do realizacji woli stron z chwili zawarcia umowy w razie zajścia, po zawarciu umowy, przewidzianych okoliczności mających wpływ na zmianę wartości świadczeń stron, a tym samym zaburzających ich równowagę ekonomiczną ustaloną w chwili zawarcia umowy. Zatem skutkiem zastosowania tego mechanizmu jest przywrócenie pierwotnej równowagi ekonomicznej świadczeń stron i tym samym zapobieżenie pokrzywdzeniu jednej ze stron stosunku umownego, która ze względu na określone okoliczności, które zaszły po zawarciu umowy, których zaistnienia z całą pewnością strony nie mogły przewidzieć w chwili zawarcia umowy, musiałaby otrzymać względnie spełnić świadczenie odpowiednio o mniejszej albo większej wartości ekonomicznej. Nie koliduje to z celami ustawy Prawo zamówień publicznych, do których nie należy ochrona podmiotów publicznych podlegającym tej ustawie realizowana kosztem ich kontrahentów. Ponieważ klauzula waloryzacyjna nie prowadzi do zmiany, lecz jedynie realizacji woli stron z chwili zawarcia umowy, z powodu przewidzianych pierwotnie przyczyn i według ustalonych wówczas zasad, to z tych względów nie można jej uznać za naruszającą art. 144 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki tej zmiany.

Wobec powyższego, działając również w interesie Zamawiającego, którym to interesem jest uzyskanie prawidłowo skalkulowanych i adekwatnych do wartości świadczenia ofert oraz zabezpieczenie płynnej realizacji usług, uprzejmie proszę o dodanie w treści umowy klauzuli adaptacyjnej, umożliwiającej zmianę wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany prawa w zakresie ozusowania umów cywilnoprawnych tj.:

Strony postanawiają, że w przypadku zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, Strony dokonają zmiany wynagrodzenia umownego w formie pisemnego aneksu.

W przypadku zmiany, o której mowa powyżej, wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość dodatkowego kosztu Wykonawcy, jaką będzie on zobowiązany ponieść w celu uwzględnienia tej zmiany, przy zachowaniu dotychczasowej kwoty netto wynagrodzenia osób bezpośrednio wykonujących zamówienie na rzecz Zamawiającego. Zmiana wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian, o których mowa powyżej.

Odpowiedź 4

Zamawiający nie wyraża zgody na dodanie w treści umowy klauzuli adaptacyjnej, umożliwiającej zmianę wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany prawa w zakresie ozusowania umów cywilnoprawnych.

Zamawiający, działając na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Z 2019 r. Poz. 1843), zmienia treść SIWZ w poniższym zakresie:

1. W Załączniku nr 5a, nr 5b, nr 5c – Umowa (część I, II, III, IV, V, VI) w paragrafie 2 ustęp 10 dokonuje następującej zmiany:

Było:

Płatność wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 2, zrealizowana zostanie przelewem na rachunek bankowy wskazany przez Wykonawcę o numerze, w terminie 21 dni od dostarczenia Zamawiającemu prawidłowo wystawionej faktury/rachunku, po wykonaniu i uznaniu przez Zamawiającego zrealizowanych usług za należycie wykonane. Za usługę należycie wykonaną uznaje się usługę wykonaną bez uwag Zamawiającego. Brak uwag Zamawiającego zostanie każdorazowo potwierdzony przez Zamawiającego na fakturze/rachunku lub w protokole pokontrolnym po usunięciu stwierdzonych nieprawidłowości.

4

Jest:

Płatność wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 2, zrealizowana zostanie przelewem na rachunek bankowy wskazany przez Wykonawcę o numerze, w **terminie 14 dni** od dostarczenia Zamawiającemu prawidłowo wystawionej faktury/rachunku, po wykonaniu i uznaniu przez Zamawiającego zrealizowanych usług za należycie wykonane. Za usługę należycie wykonaną uznaje się usługę wykonaną bez uwag Zamawiającego. Brak uwag Zamawiającego zostanie każdorazowo potwierdzony przez Zamawiającego na fakturze/rachunku lub w protokole pokontrolnym po usunięciu stwierdzonych nieprawidłowości.

2. W Załączniku nr 5a – Umowa (część I, III, V) i nr 5b – Umowa (część II, IV) w paragrafie 2 Zamawiający dodaje ustęp 13 o treści:

Strony akceptują wystawianie i dostarczanie w formie elektronicznej, w formacie PDF: nieustrukturyzowanych faktur, faktur korygujących oraz duplikatów faktur, zgodnie z art. 106n ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tj. Dz.U. z 2016 r., Nr 710, z późn. zm.).

Faktury elektroniczne będą Zamawiającemu wysyłane na adres e-mail: oraz Zamawiający zobowiązuje się do poinformowania Wykonawcy o każdorazowej zmianie ww. adresów mailowych.

Osobami upoważnionymi do kontaktów w sprawie e-faktur ze strony Zamawiającego są: oraz

3. W Załączniku nr 5c – Umowa (część VI) w paragrafie 2 Zamawiający dodaje ustęp 19 o treści:

Strony akceptują wystawianie i dostarczanie w formie elektronicznej, w formacie PDF: nieustrukturyzowanych faktur, faktur korygujących oraz duplikatów faktur, zgodnie z art. 106n ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tj. Dz.U. z 2016 r., Nr 710, z późn. zm.).

Faktury elektroniczne będą Zamawiającemu wysyłane na adres e-mail: oraz Zamawiający zobowiązuje się do poinformowania Wykonawcy o każdorazowej zmianie ww. adresów mailowych.

Osobami upoważnionymi do kontaktów w sprawie e-faktur ze strony Zamawiającego są: oraz

4. W zakresie terminu składania i otwarcia ofert:

w rozdziale XIV SIWZ zmienia

termin składania ofert z dnia 24.02.2020 r. do godz. 10:00 na dzień **26.02.2020 r. do godz. 10:00**

termin otwarcia ofert z dnia 24.02.2020 r. godz. 10:10 na dzień **26.02.2020 r. godz. 10:10.**