



L.dz. *3336*/SZN/20
Znak sprawy: SZN.241.6.116.2020.BB,AP
Nr postępowania: PN-6/2020

Katowice, dn. 07.12.2020 r.

Dotyczy: **postępowania nr PN-6/2020 pn. „Usługa utrzymania czystości na terenie nieruchomości w Katowicach, ul. Dąbrowskiego 23”.**

W związku z pytaniami jakie wpłynęły sprawie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usługa utrzymania czystości na terenie nieruchomości w Katowicach, ul. Dąbrowskiego 23”, Zamawiający działając na podstawie art. 38 ust. 1 oraz ust.2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 t.j.) poniżej zamieszcza pytania do treści SIWZ oraz udziela na nie odpowiedzi:

PYTANIA WYKONAWCY:

- Zamawiający w SIWZ dopuszcza możliwość udziału w postępowaniu podmiotów działających w ramach konsorcjum. Zważywszy na fakt, iż: 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, powyższe może budzić wątpliwości co do zgodności takiej praktyki z przepisami ustawy z dnia 29.01.2004 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 - 106g 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 Zamawiającego:

Udzielając odpowiedzi na pytanie wskazać należy w pierwszej kolejności, że zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej Pzp) wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Z art. 141 Pzp wynika natomiast, że wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania. Jednym z obowiązków Wykonawcy umowy jest zgodnie z postanowieniami umowy (§8 ust. 4), wystawienie faktury VAT za swoje usługi, w której będzie wskazany rachunek bankowy Wykonawcy.



- 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.
5. 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.
 6. 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.
 7. 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. 142 ust.5 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.



Z powyższego wprost wynika, że postanowienia Umowy nie przewidują możliwości wystawiania faktur VAT przez podmiot inny niż ubiegający się o udzielenie zamówienia. Wystawienie faktury VAT jest jednym z obowiązków Wykonawcy/Wykonawców, dlatego nie ma możliwości przeniesienia tego obowiązku na inny podmiot.

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, umożliwiając 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 wniosek 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 Zamawiającego:

W opinii Zamawiającego wysokość kary umownej nie może być symboliczna, czy nieznacząca. Wówczas kara umowna nie spełniałaby swojej roli zabezpieczającej prawidłowe wykonanie zamówienia.

Ponadto Wykonawca wskazuje, że wysokość kary umownej stanowi element oceny oferty (40% wagi) i to Wykonawca wskazuje jej wysokość w ofercie. Zgodnie z zapisami SIWZ kara ta może wynieść od 3% do 7%/ wartości miesięcznego wynagrodzenia.

3. Zamawiający określił w SIWZ wymóg zatrudnienia pracowników wykonujących czynności porządkowe lub czynności sprzątnięcia 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 Zamawiającego:

Zamawiający zwraca uwagę na treść Rozdz. III ust. 4 pkt 6 SIWZ, który stanowi:

„W przypadku sytuacji losowych (choroba pracownika) lub urlopu wypoczynkowego pracownika Wykonawcy, Zamawiający dopuszcza możliwość zatrudnienia każdorazowo na okres nie dłuższy niż 10 dni roboczych pracownika na podstawie innej niż umowa o pracę pod warunkiem spełnienia przez niego wszystkich innych wymagań formalnych oraz zapewnienia temu pracownikowi wynagrodzenia nie mniejszego niż ustalone aktualnym na czas zawarcia umowy przepisom w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej.”

Z powyższego wynika, iż pod warunkami określonymi powyżej Zamawiający dopuszcza czasowe zatrudnienie pracownika na podstawie innej niż umowa o pracę..

4. *W związku z brakiem w treści ogłoszenia o zamówieniu/SIWZ postanowień odnoszących się do sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego, wnioskujemy o potwierdzenie, iż w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej może być spełniony łącznie przez Wykonawców występujących wspólnie”.*

Uzasadnienie:

Na Zamawiającym ciąży obowiązek jasnego, precyzyjnego, wyczerpującego określenia SIWZ, którego jednym z elementów stanowi określenie warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu spełniania tych warunków przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Mając powyższe na uwadze zasadnym jest uzupełnienie postanowień SIWZ umowy o propozycje zgłoszone przez Wykonawcę a odnoszące się do precyzyjnego określenia jak określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu mają spełniać wykonawcy o których mowa w art. 23 ust. 1 ustawy Pzp.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający zwraca uwagę iż Rozdział X treści SIWZ „INFORMACJA NA TEMAT MOŻLIWOŚCI SKŁADANIA OFERTY WSPÓLNEJ (PRZEZ DWA LUB WIĘCEJ PODMIOTÓW)” stanowi właśnie o możliwości składania oferty wspólnej.

Z daleko idącej ostrożności Zamawiający prosi również o zapoznanie się z Rozdziałem XIV SIWZ „KORZYSTANIE Z ZASOBÓW INNYCH PODMIOTÓW W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIANIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU.”

Ponadto Zamawiający dodatkowo wskazuje, iż przypadku wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, warunek dotyczący zdolności technicznej, a także i zawodowej, może być spełniony łącznie przez wykonawców występujących łącznie. Kwestia ta była już przedmiotem rozważań judykatury. Dla przykładu warto przytoczyć choćby wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie, który w wyroku z dnia 28 grudnia 2008r., sygn. akt: XXIII GA 442/08, wskazał, że przepis art. 23 ustawy - Prawo zamówień publicznych jednoznacznie przesądza o możliwości wspólnego ubiegania się kilku wykonawców o zamówienie publiczne. Zgodnie z dyspozycją art. 2 pkt 11 ustawa - Prawo zamówień publicznych jako wykonawcę traktuje osobę fizyczną, osobę prawną lub jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej. Do podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne stosuje się te same przepisy, co do pojedynczego wykonawcy. Odpowiednie ich stosowanie oznacza, że każdy uczestnik wspólnej oferty musi udokumentować, że posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności



i nie podlega wykluczeniu z postępowania. Natomiast przy ocenie spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy, tj. czy podmioty posiadają wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz czy znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia zamawiający bierze pod uwagę łączny potencjał techniczny i kadrowy oraz łączną sytuację ekonomiczną finansową tych podmiotów. Tylko taki bowiem sens mogą mieć przepisy o wspólnym ubieganiu się o udzielenie zamówienia, gdyż tylko taki sens może mieć tworzenie wspólnych przedsięwzięć.

5. *W związku z brakiem w treści SIWZ postanowień odpowiadających treści art. 142 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn.zm. dalej: Pzp), wnioskujemy o wprowadzenie do treści SIWZ postanowień odpowiadających treści art. 142 ust. 5 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:*

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

- 1) *stawki podatku od towarów i usług,*
- 2) *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,*
- 3) *zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne,*
- 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,*

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

2. *Każda ze stron umowy, w przypadku zaistnienia zdarzeń o jakich mowa w art. 142 ust. 5 pkt 1-3 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. 142 ust. 5 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.*

3. *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 neto 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, zawartej 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 neto tych osób.
4. 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:
- wysokości podatku od towarów i usług,
 - wysokości kwoty minimalnego wynagrodzenia,
 - wysokości kwoty minimalnej stawki godzinowej wynagrodzenia,
 - zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniom zdrowotnym,
 - wysokości stawki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne,
 - zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych.
5. W przypadku zmiany, o której mowa w ustępie 4 lit „a” niniejszego paragrafu, wartość netto wynagrodzenia Wykonawcy nie zmieni się, a określona w umowie (aneksie) wartość brutto wynagrodzenia zostanie wyliczona na podstawie nowych przepisów.
6. W przypadku zmiany, o której mowa w ustępie 4 lit „b-f” niniejszego paragrafu Wykonawca przedstawia:



ŚLĄSKI ZARZĄD NIERUCHOMOŚCI w Katowicach

ul. Grabowa 1A, 40-172 Katowice
NIP: 954-254-19-90
szn@slaskie.pl
tel. +48 (32) 782 49 25, 26
Getin Bank S.A. 57156011110000907000193331
REGON 240305185

Odpowiedź Zamawiającego:

W odpowiedzi na pytanie nr 5, zaznaczyć należy, iż postanowienia, które powinny znaleźć się w umowie, wymienione w art. 142 ust. 5 Pzp, dotyczą umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy. Umowa, która zawarta zostanie w wyniku niniejszego postępowania zawarta zostanie na okres 12 miesięcy. W związku z powyższym Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę umowy.

Śląski Zarząd Nieruchomości
Dyrektor


Rafał Turowski