

Świnoujście, dn. ...<sup>19</sup>... 09.2019 r.

## ODPOWIEŹ NA PYTANIA NR 3 DO SIWZ

**Dotyczy:** *postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Usługę polegającą na sprzątaniu” (nr referencyjny 14/KPW/INFR/2019).*

Komenda Portu Wojennego Świnoujście na podstawie z art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) informuje, że dnia 17.09.2019 r. wpłynęły pytania od uczestnika postępowania na „Usługę polegającą na sprzątaniu” (nr referencyjny 14/KPW/INFR/2019) o następującej treści:

1) **Zwracamy się z uprzejmą prośbą o zmianę treści SIWZ dot. zatrudnienia na umowę o pracę poprzez :**

**a) zmianę treści zawartej w Rozdział I pkt 16 SIWZ oraz treści §7 ust.2 umowy ( zał. Nr 7 do SIWZ) w brzmieniu:**

„16. Zamawiający wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. „Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 917 z późn. zm.).”  
na zapis w następującym brzmieniu:

„16. Zamawiający wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 §.1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. „Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 917 z późn. zm.),  
**z wyłączeniem osób zmienników w przypadku choroby, urlopu lub osób wykonujących prace sezonowe, cykliczne, okresowe. ”,**

**b) zmianę treści zawartej w §7 ust.2 umowy ( zał. Nr 7 do SIWZ) w brzmieniu:**

„ 2. Wykonawca zobowiązuje się, że wszyscy pracownicy realizujący przedmiot zamówienia będą w okresie realizacji umowy zatrudnieni na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy - Kodeks pracy.”,

na zapis w następującym brzmieniu:

„ 2. Wykonawca zobowiązuje się, że wszyscy pracownicy realizujący przedmiot zamówienia będą w okresie realizacji umowy zatrudnieni na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy - Kodeks pracy

**z wyłączeniem osób zmienników w przypadku choroby, urlopu lub osób wykonujących prace sezonowe, cykliczne, okresowe.”**

Dotychczasowe postanowienia SIWZ w zakresie zatrudnienia na umowę o pracę są nieuzasadnione ekonomicznie i narażają Zamawiającego i Wykonawcę na ponoszenie niepotrzebnych kosztów.

W uzasadnieniu powyższego należy wskazać, iż w opisie 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 we wnioskowanym brzmieniu.

- 2) **Zwracamy się z uprzejmą prośbą o udostępnienie wersji edytowalnej Formularza ofertowego (Załącznik nr 1 do SIWZ) i Formularza cenowego Załącznik nr 2 do SIWZ).**
- 3) **Wnosimy o zmianę treści zawartej w § 5 ust.9 umowy ( zał. Nr 7 do SIWZ) w brzmieniu:**

„9. Wykonawca zobowiązany jest, na pisemne wezwanie upoważnionych osób, o których mowa w § 9 ust 2 umowy, rozpocząć odśnieżanie wskazanych dachów, w terminie do 3 trzech godzin od zgłoszenia przez Zamawiającego żądania odśnieżania i zakończenia bez zbędnej zwłoki, nie później jednak niż do 8 (osiem) godzin od rozpoczęcia czynności.”

na zapis w następującym brzmieniu:

„9. Wykonawca zobowiązany jest, na pisemne wezwanie upoważnionych osób, o których mowa w § 9 ust 2 umowy, rozpocząć odśnieżanie wskazanych dachów, w terminie do 3 trzech godzin od zgłoszenia przez Zamawiającego żądania odśnieżania i zakończenia bez zbędnej zwłoki, nie później jednak niż do 8 (osiem) godzin **od ustania opadów śniegu.**”

W uzasadnieniu konieczności zmian umowy w powyższym zakresie należy wskazać, iż dotychczasowe postanowienia § 5 ust.9 umowy mogą być uznane za nieważne. Zgodnie bowiem z treścią art. 387 § 1 kc, umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna.

Warunki atmosferyczne są tego rodzaju zjawiskiem, które może pojawić się nagle i niespodziewanie. Zobowiązanie Wykonawcy do usunięcia efektów tych zjawisk nie później jednak niż do 8 (osiem) godzin od rozpoczęcia czynności niezależnie od tego czy zjawiska te ustały, jest fizycznie niemożliwe. Omawiany przepis powinien więc określać rozsądny i realny termin w jakim prace usuwania śniegu i lodu powinny się rozpocząć (licząc od momentu wystąpienia tych zjawisk), oraz termin w jakim powinny się zakończyć, przy założeniu, że opady już ustały. W przypadku obowiązku zakończenia czynności nie później niż do 8 (osiem)

godzin od rozpoczęcia czynności, należy zauważyć, że w okolicznościach opadów ciągłych zakończenie tych czynności w przewidzianym terminie będzie niemożliwe.

W omawianych przypadkach umowa zobowiązuje Wykonawcę do świadczeń niemożliwych, w związku z czym ww. postanowienia umowy uznać należy za nieważne. Tym samym, wnioskowana zmiana jest konieczna i w pełni uzasadniona.

**4) Wnosimy o wykreślenie z umowy postanowień zawartych w § 11 ust. 5 i 6 brzmieniu:**

„5. W przypadku nie otrzymania przez Zamawiającego środków, o których mowa w ust 4, umowa ulega rozwiązaniu na mocy porozumienia stron odpowiednio z dniem 31.12.2019 r. lub z dniem 31.12.2020 r.

6. O ewentualnym rozwiązaniu umowy spowodowanym nie przyznaniem środków na jej realizację w roku 2020 lub 2021 Zamawiający powiadomi Wykonawcę najpóźniej do dnia 21 grudnia roku poprzedzającego.”

Zgodnie z obowiązującymi przepisami Zamawiający obowiązany jest posiadać środki finansowe na realizację całego zamówienia. Jeśli ich nie ma na okres realizacji zamówienia tj. na okres 2 lat, obowiązany jest ogłosić przetarg na okres na który posiada te środki. Powyższe postanowienia SIWZ w sposób nieuprawniony naruszają 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 (klausule) 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.

**5) Wnosimy o zmianę zapisów zawartych:**

**a) w §12ust.2 umowy w brzmieniu:**

„2.W przypadku ilości powierzchni przekraczającej potrzeby Zamawiającego (np. wyłączenie budynku do remontu, organizacja placu budowy, zajęcie terenu zewnętrznego pod inne cele, wyjazd na poligon, udział w ćwiczeniach itp.) zakres usług zostanie zmniejszony poprzez zawarcie przez strony pisemnego aneksu a kwota wynagrodzenia Wykonawcy zostanie pomniejszona o kwotę wynikającą z iloczynu pomniejszonej powierzchni i ryczałtowej ceny jednostkowej dla danej powierzchni.” oraz

**b) w §19ust.3 umowy**

**poprzez ich wykreślenie lub jednoznaczne określenie maksymalnej wielkości ograniczenia zakresu przedmiotowego umowy, wyrażonej w % w stosunku do całego zakresu zamówienia (umowy).**

Powyższe postanowienia umowy dają Zamawiającemu prawo do dowolnego i nieograniczonego zmniejszania zakresu zamówienia (umowy) w sposób powodujący jej wygaśnięcie. Zamawiający ma bowiem możliwość zredukowania do zera powierzchni przeznaczonej do usługi utrzymania porządków, co będzie oznaczało, że Wykonawca zostałby w sposób całkowity pozbawiony prawa odpłatnego świadczenia usługi zgodnie z istotą umowy. Tak skonstruowany zapis umowy stanowi naruszenie zasad współzycia społecznego (nawet biorąc pod uwagę, że umowa zawarta jest pomiędzy podmiotami profesjonalnymi) i w konsekwencji musi być uznany za nieważny na podstawie art. 58 § 2 kc (Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współzycia społecznego.).

Trzeba również podkreślić, iż ww. zapisy umowy są całkowicie sprzeczne z art. 144 ust. 1 ustawy, co zostało potwierdzone w licznych orzeczeniach sądowych oraz orzeczeniach KIO, zgodnie z którymi przewidywane zmiany umowy nie mogą:

- 1) naruszać fundamentalnej zasady udzielania zamówień publicznych w postaci uczciwej konkurencji,
- 2) zaburzać równowagi ekonomicznej ustalonej w przetargu publicznym,
- 3) prowadzić do nadużywania dominującej pozycji Zamawiającego, poprzez wprowadzanie zapisów zezwalających na dowolne i nieograniczone zmniejszanie zakresu umownego, a tym samym wynagrodzenia wykonawcy,
- 4) prowadzić do obejścia wyniku przetargu poprzez udzielenie w efekcie zupełnie innego zamówienia niż opisane w SIWZ.

Nieograniczone prawo do zmiany zakresu przedmiotu zamówienia po jego udzieleniu, stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy, a w szczególności art. 29. „W przypadku przewidywania ograniczenia zakresu zamówienia Zamawiający obowiązany jest wskazać w SIWZ oraz w umowie maksymalny zakres zamówienia, którego nie wykona np. w procencie wartości pełnego zakresu zamówienia. Powyższe jest niezbędne w celu określenia ceny oferty oraz wartości wynagrodzenia miesięcznego” (tak m.in. w wyroku Zespołu Arbitrów z 25 stycznia 2005 r., sygn. akt. UZP/ZO/0-79/05 oraz w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 kwietnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 458/09, KIO/UZP 460/09).

W świetle orzecznictwa niedopuszczalnym jest opisywanie zamówienia bez wskazania tej jego części, której realizacja będzie pewna, a nie opcjonalna. Takie stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO/UZP 22/07, KIO/UZP 1447/10, KIO/UZP 2376/10 oraz jest zgodne ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych zawartym w opinii prawnej: "Prawo opcji" w ustawie Prawo zamówień publicznych (Informator Urzędu Zamówień Publicznych Nr 4/2011, str. 16-19). W wyroku KIO z dnia 16 września 2010 r. sygn. akt KIO 1905/10, KIO 1921/10 Izba wskazała, iż "Brak zagwarantowania wykonawcy choćby minimalnego świadczenia powoduje możliwość niezyskania przez niego choćby minimalnego wynagrodzenia, zaś zrzeczenie się roszczeń z tytułu ograniczenia przedmiotu zamówienia powoduje rezygnację z odszkodowania będącego surogatem wynagrodzenia. Izba uznała, że zamawiający winien wskazać choćby minimalny zakres przewidywanego zamówienia.". Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu z dnia 11 stycznia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 22/07 wskazała, że „niedopuszczalną praktyką jest określenie przez Zamawiającego jedynie górnej granicy swojego zobowiązania, bez wskazania nawet minimalnej ilości, czy wartości, którą na pewno wyda na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia. Taki sposób określenia przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który nakazuje, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny”. Izba uznała ponadto w tym przypadku, że „Zamawiający zastosował praktykę handlową, która pozostawia wykonawcę w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy (...). W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy.”.

„Przewidziane w ogłoszeniu lub w SIWZ przypadki zmiany umowy nie mogą być całkowicie dowolne i pozwalać na radykalną zmianę umowy w stosunku do treści oferty. W szczególności nie powinny to być przypadki pozwalające zamawiającemu na dokonywanie zmian uzależnionych tylko od jego chęci i woli.” (tak Jerzy Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. C.H.Beck, Warszawa 2012). „Zakaz dokonywania zmian w umowie służy realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zapisanej w art. 7 ustawy. Zmiana umowy, która zaburzałaby równowagę ekonomiczną w szczególności na korzyść usługodawcy w sposób, który nie został opisany jednoznacznie w postanowieniach pierwotnego zamówienia, jest w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości i doktryny traktowana jako zmiana niedopuszczalna i wskazująca na chęć udzielenia nowego zamówienia”. (tak wyrok KIO z dnia 28.02.2012r. Sygn. akt: KIO 229/12 Sygn. akt: KIO 238/12 Sygn. akt: KIO 239/12 Sygn. akt: KIO 242/12 Sygn. akt: KIO 245/12 Sygn. akt: KIO 247/12).

W wyroku KIO z dnia 2 września 2010 r. Sygn. akt KIO/1756/10 Izba stwierdziła, iż: „Postanowienie SIWZ z pewnością jest niedookreślone i zakłada dowolność przesłanek decyzji Zamawiającego dotyczącej rezygnacji z usług w danej lokalizacji. Oznacza to zatem, że wykonawcy w swoich ofertach nie są w stanie należycie wyliczyć i skalkulować ryzyka ani rentowności zamówienia, ponieważ nie mają pewności w jakim zakresie świadczyć będą usługi. Ponoszą znaczące koszty przygotowując się do świadczenia usług, nie mając gwarancji, czy i w jakiej mierze koszty te zwrócą się w postaci wynagrodzenia za świadczone usługi. Art. 144 ustawy Pzp, dopuszczając

zmiany umowy w stosunku do treści oferty, nakazuje przewidzenie możliwości dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określenie warunków zmian. W doktrynie reprezentowany jest pogląd, podzielany przez Izbę, że przewidziane w ogłoszeniu lub specyfikacji przypadki zmiany umowy nie mogą być całkowicie dowolne i pozwalać na radykalną zmianę umowy w stosunku do treści oferty. W szczególności nie powinny być to przypadki pozwalające zamawiającemu na dokonywanie zmian uzależnionych tylko od jego chęci i woli.”.

**Uwzględniając powyższe wnosimy o jednoznaczne wskazanie w umowie maksymalnej wielkości ograniczenia zakresu przedmiotowego umowy, wyrażonej w % w stosunku do całego zakresu zamówienia (umowy).**

- 6) **Wnosimy o zmianę zapisów zawartych w §15 ust.1 umowy poprzez zmniejszenie kwoty zabezpieczenia należytego wykonania umowy do 5 % wartości wynagrodzenia brutto.**

Zgodnie z wnioskami UZP oraz uzasadnieniem do nowego Prawa zamówień publicznych zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości powyżej 5% ceny jest barierą w ubieganiu się o zamówienie publiczne przez małych i średnich przedsiębiorców. W związku z tym w nowym Prawie zamówień publicznych ograniczono maksymalną wysokość zabezpieczenia do 5% ceny.

Zaznaczyć w tym miejscu należy, iż maksymalne zabezpieczenie żądane w niniejszym przetargu w kwocie 10% ceny oferty, nie tylko ogranicza krąg konkurencyjnych podmiotów mogących wykonać niniejsze zamówienie, ale co więcej powoduje wzrost ceny zamówienia.

Tym samym, wnioskowana zmiana jest konieczna i w pełni uzasadniona.

- 7) **Wnosimy o zmianę zapisów zawartych w §15ust.4 umowy w brzmieniu:**

„4. W przypadku nienależytego wykonania przedmiotu zamówienia zabezpieczenie przechodzi na rzecz Zamawiającego i będzie wykorzystywane do zgodnego z umową wykonania przedmiotu umowy.”,

na zapis w następującym brzmieniu:

**„4. W przypadku nienależytego wykonania zamówienia, po jednokrotnym wezwaniu do jego realizacji zgodnie z treścią umowy, Zamawiający zatrzymuje**

**z zabezpieczenia należytego wykonania umowy kwotę odpowiadającą wartości szkody powstałej na wskutek nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę.”,**

W uzasadnieniu słuszności wnioskowanych zmian należy wskazać, iż ww. zapis umowy w sposób rażąco narusza równowagę stron umowy, dając Zamawiającemu prawo do zatrzymania całego zabezpieczenia nawet w przypadku nienależytego wykonania niewielkiej części zamówienia, o niewielkiej wartości szkody.

Wobec powyższego dotychczasowa treść §15 ust.4 umowy nie może się ostać. Tym samym, wnioskowana zmiana jest konieczna i w pełni uzasadniona.

- 8) **Wnosimy o zmianę zapisów zawartych w § 17 umowy poprzez zastąpienie :**

- a) dotychczasowych zapisów § 17 ust. 1 lit. a umowy zapisem w następującym brzmieniu :

„1) opóźnienia w wykonaniu przedmiotu umowy:

- a) nie sprzątnięciu budynku lub jego części w wysokości 2/30 wartości miesięcznego wynagrodzenia brutto za sprzątnięcie budynku, liczonej według cen



przedstawionych przez Wykonawcę w formularzu ofertowym **oraz niesprzątniętej powierzchni w budynku** - za każdy dzień opóźnienia, wliczając soboty i niedziele oraz dni wolne od pracy;”;

b) dotychczasowych zapisów § 17 ust. 2 lit. a umowy zapisem w następującym brzmieniu :

„2) za nienależycie wykonaną usługę:

a) przy sprzątnięciu budynku w wysokości 1/20 wartości miesięcznego wynagrodzenia brutto za sprzątnięcie budynku, liczonej według cen przedstawionych przez Wykonawcę w formularzu ofertowym **oraz niesprzątniętej powierzchni w budynku** - za każdy rozpoczęty dzień roboczy nienależytego wykonania”.

Dotychczasowe zapisy § 17 ust. 1 lit. a i § 17 ust. 2 lit. a są nieadekwatne do przewinienia, gdyż kara obliczona jest od całej powierzchni zamiast od powierzchni niewykonanej lub nienależycie wykonanej.

9) **Wnosimy o zmianę treści § 19 ust. 3 pkt 7 i ust.4 umowy w zakresie dot. waloryzacji wynagrodzenia na podstawie art. 142 ust. 5 ustawy.**

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, iż art. 142 ust. 5 ustawy został zmieniony ustawą z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz.U.2018.2215), zgodnie z którą w art. 142 w ust. 5 po pkt 3 dodano 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".

Niniejsza zmiana obowiązuje od dnia 01 stycznia 2019r.

W tym stanie rzeczy konieczne są zmiany treści § 19 ust. 3 pkt 7 i ust.4 umowy dot. waloryzacji wynagrodzenia na podstawie obecnie obowiązującego art. 142 ust. 5 ustawy. Ponadto wnosimy o wykreślenie z § 19 ust. 3 pkt 7 i ust.4 umowy zapisów w brzmieniu:

- „Przedmiotowa zmiana obowiązywać będzie od miesiąca, w którym obowiązywać zacznie zmiana wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, nie wcześniej jednak niż od dnia podpisania aneksu zmieniającego wysokość wynagrodzenia w tym zakresie. Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za zwłokę lub inne opóźnienie w wykazaniu podstaw wpływu zmian przepisów na koszty realizacji zamówienia”;
- „Przedmiotowa zmiana obowiązywać będzie od miesiąca, w którym obowiązywać zaczną zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokość stawki składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, nie wcześniej jednak niż od dnia podpisania aneksu zmieniającego wysokość wynagrodzenia w tym zakresie. Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za zwłokę lub inne opóźnienie w wykazaniu podstaw wpływu zmian przepisów na koszty zamówienia”;
- „Zamawiający nie będzie związany treścią żądania wskazanego we wniosku Wykonawcy oraz przyjętą kalkulacją zastrzegając sobie prawo, w razie potrzeby, żądania dodatkowych wyjaśnień i dokumentacji, nawet po w/w terminie rozpatrzenia wniosku- bez ponoszenia odpowiedzialności za ewentualne szkody, jakich na tej podstawie próbowałby dochodzić Wykonawca. Ciężar wykazania zmian mających wpływ na zwiększenie kosztów wykonania umowy spoczywa na Wykonawcy.”

A także wnosimy o dodanie zapisu w następującym brzmieniu:

**„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 umowy, 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.**

**Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:**

**Ad. 1**

**Zamawiający nie wyraża zgody.**

**Ad. 2**

**Wersja edytowalna Formularza ofertowego załącznik nr 1 i Formularza cenowego załącznik nr 2 – Zamawiający informuje, iż w zamieszczonych załącznikach nie wpisał formuł obliczeniowych.**

**Ad. 3**

**Zamawiający nie wyraża zgody.**

**Ad. 4**

**Zamawiający nie wyraża zgody.**

**Ad. 5**

**Zamawiający nie wyraża zgody.**

**Ad. 6**

**Zamawiający nie wyraża zgody.**

**Ad. 7**

**Zamawiający nie wyraża zgody.**

**Ad. 8**

**Zamawiający nie wyraża zgody.**

**Ad. 9**

Zamawiający dokonuje zmiany umowy w zakresie § 19 ust 3 pkt 7 wzoru umowy, poprzez dodanie po obecnej lit c) następującego zapisu:

„ c<sup>1</sup>) zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 04.10.2018r o pracowniczych planach kapitałowych. Strony dokonają odpowiedniej zmiany wynagrodzenia należnego **Wykonawcy**, jeżeli w czasie obowiązywania umowy ulegną zmianie zasady gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, a zmiana ta będzie miała wpływ na koszty wykonania zamówienia przez **Wykonawcę**. Przedmiotowa zmiana obowiązywać będzie od miesiąca, w którym obowiązywać zaczęły zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, nie wcześniej jednak niż od dnia podpisania aneksu zmieniającego wysokość wynagrodzenia w tym zakresie. **Zamawiający** nie ponosi odpowiedzialności za zwłokę lub Inne opóźnienie w wykazaniu podstaw wpływ zmian przepisów na koszty zamówienia”

Implikacją powyższych zmian, jest również dokonanie przez **Zamawiającego** zmiany zdania pierwszego ust 4 § 19 wzoru umowy, który obecnie otrzymuje następujące brzmienie „ Zmiana wysokości wynagrodzenia należnego **Wykonawcy** w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w pkt 4 lit a), b) , c) i c<sup>1</sup>) następuje na wniosek każdej ze Stron”.

**Załączniki:**

**Załącznik nr 1 – Wersja edytowalna Formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ.**

**Załącznik nr 2 – Wersja edytowalna Formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ.**

**Załącznik nr 3 – Poprawiony Wzór umowy stanowiący załącznik nr 7 do SIWZ.**

**KOMENDANT**

**kmdr Marek BARTKOWSKI**

Ida SUCHOMSKA, tel. 261-24-25-81

19.09.2019 r.

Teczka 2712 B 5

C:\Users\suchomska3504\Desktop\PRZETARGI 2019\PZP\14-KPW-INFR-2019 - sprzętanie 2\17. odpowiedź na pytania nr 3 - internet.doc