

znak sprawy: ZP-M-381-8/15
znak pisma: ZP-M-381-8/15-W.2

Słupsk, dnia 03.11.2015r.

ZAPYTANIA i ODPOWIEDZI:

Dotyczy: postępowania prowadzonego w przetargu nieograniczonym poniżej 207 000 euro, nr ZP-M-381-8/15 na: Kompleksowe zabiegi sanitarno-higieniczne i czynności transportowe w obiektach i lokalach użytkowych administrowanych przez SPMZOS w Słupsku.

Samodzielny Publiczny Miejski Zakład Opieki Zdrowotnej w Słupsku, ul. Tuwima 37 informuje, że w dniach 30.10-02.11.2015r. od Wykonawców napłynęły pytania dotyczące SIWZ. W trybie art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. z późn. zm.) Wykonawcy zwrócili się z prośbą o odpowiedź na następujące pytania:

PYTANIE nr 1

„Mając na uwadze treść wzoru umowy wnosimy o zmianę o 50% wysokości kar umownych zastrzeżonych w powyższych przepisach. W doktrynie prawa zamówień publicznych oraz w aktualnym orzecnictwie Zespołów Arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych ustanawianie przez zamawiającego w umowie rażąco wysokich kar umownych uznać należy bezwzględnie za naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji wyrażonej w przepisie art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2006 roku, nr 164, poz. 1163 z późn. zm.), które może być uzasadnioną podstawą do żądania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy prawo zamówień publicznych z uwagi, iż postępowanie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stanowisko powyższe znajduje pełne potwierdzenie m.in. wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 23 sierpnia 2007 r. sygn. akt: UZP/ZO/0-1030/07. Zważyć bowiem należy, że kara umowna (odszkodowanie umowne) ze swojej istoty ma charakter wyłącznie odszkodowawczy i kompensacyjny, a nie zaś prewencyjny. Ustalenie przez Zamawiającego zbyt wygórowanych kar umownych dla wykonawców stanowi zatem bezspornie rażące naruszenie prawa w zakresie równości stron umowy, co w konsekwencji prowadzi do sprzeczności celu takiej umowy z zasadami współzycia społecznego i skutkować winno bezwzględną nieważnością czynności prawnej na podstawie przepisu art. 353¹ k.c. w związku z art. 58 § 1 k.c.”

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający podtrzymuje wysokość kar umownych określonych w SIWZ.

PYTANIE nr 2

„Działając na podstawie art. 38 ust 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych, wnoszę o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez dookreślenie zasad realizacji przez Zamawiającego obowiązku wynikającego z art. 142 ust 5. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w treści obowiązującej po dniu 19 października 2014 r. tj. w treści, którą stosuje się do przedmiotowego postępowania nakazują, aby „umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia o

zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany:

- 1) stawki podatku od towarów i usług;
 - 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3- 5 ustawy z dnia 10 października 2001 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę;
 - 3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne
- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonywania zamówienia przez wykonawcę.” (art. 142 ust. 5).

Uzasadnieniem ratio legis – zgodnie z wolą ustawodawcy – przywołanego przepisu art. 142 ust 5 ustawy Prawo zamówień publicznych było m.in., że: „w praktyce zamawiających właściwie nieobecne było włączanie do wzorów umów tzw. klauzul waloryzacyjnych. 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 określonymi 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”.

Stąd wolą ustawodawcy stało się, aby w umowach zawartych w wyniku rozstrzygnięcia postępowań wszczętych po dniu 19.10.2014 r., Zamawiający określał kiedy i na jakich zasadach zwaloryzuje umowę, jeśli zajdzie jedna z przesłanek wskazanych w art. 142 ust 5 ustawy PZP. Pokreślić należy, iż nie chodzi o wpisywanie konkretnych kwot waloryzacji, nie znanych przecież także Zamawiającemu, ale określenie jasnych mechanizmów waloryzacji w razie wystąpienia którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 142 ust 5 PZP.

Od obowiązku wprowadzenie takich zapisów Zamawiający nie ma możliwości w żadnych przypadku odstąpić – ustawodawca nie przewidział takiego uprawnienia dla organizatora postępowania przetargowego. Brak takich zapisów stanowi kwalifikowaną wadę siwz, co może skutkować nawet nieważnością całego postępowania.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę o wprowadzenie do siwz wymaganych w art. 142 ust 5 ustawy zapisów, precyzujących, iż wartość wynagrodzenia wykonawcy ulega zmianie z dniem zaistnienia (w szczególności w wyniku zmiany ustawy lub innego aktu prawnego) którejkolwiek ze zmian, o których mowa w art. 142 ust 5 ustawy PZP.

MINIMALNE WYNAGRODZENIE

Art. 142 ust 5 pkt 2 ustawy PZP zobowiązuje Zamawiającego do określenia w siwz zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w razie zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Przy realizacji usług będących przedmiotem zamówienia koszty osobowy stanowią dominującą pozycję w cenie usługi. Do tej pory wykonawcy nie mieli żadnych ograniczeń przy

stosowaniu różnych form zatrudnienia i związanych z nimi kosztami. Znowelizowana dyspozycja art. 90 ust 1 ustawy PZP wprowadza przy badaniu czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny domniemanie, iż koszty osobowe nie mogą być niższe w przeliczeniu na jedną osobę, niż koszty minimalnego wynagrodzenia za pracę. Konsekwencją takiego rozwiązania, jest wprowadzenie przez ustawodawcę obowiązku uwzględniania przez zamawiających w siwz zasad waloryzowania wynagrodzeń wykonawców w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Doświadczenia pierwszej dekady bieżącego wieku wskazują, iż nawet najbardziej ostrożni przedsiębiorcy mogą zostać zaskoczeni niespodziewanymi uregulowaniami prawnymi, które są wynikiem politycznych rachub rządu, a nie odzwierciedleniem gospodarczych wskaźników. Proponowana wyżej zmiana jest nie tylko korzystna dla Zamawiającego, ale pozwala mu też na racjonalne i kontrolowane wydatkowanie środków publicznych, a tym samym wpisuje się w podstawowe cele związane z dyscypliną finansów publicznych. Ponieważ zmiany minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalane są przez podmiot trzeci w stosunku tak dla Zamawiającego jak i wykonawców oczywistym jest, iż mają charakter niezależny od woli stron umowy. Brak uwzględnienia proponowanej zmiany w treści projektu umowy łączyć się będzie dla Zamawiającego z dwoma negatywnymi skutkami.

Po pierwsze wykonawcy mogą oferować wykonanie usług drożej niż to wynika z faktycznych kosztów jej świadczenia w momencie składania oferty, po to aby uwzględnić ewentualne zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia w kolejnych latach trwania umowy. Efektem takiej postawy – racjonalnego jednak przedsiębiorcy – jest to, iż Zamawiający od początku umowy niejako „nadpłaca” za ewentualne przyszłe koszty, nie mając pewności, iż wydatkuje posiadane środki w sposób racjonalny i gospodarczo uzasadniony. Brak uwzględnienia w projekcie umowy możliwości waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy powoduje, że kalkulując cenę oferty dla umowy długoterminowej, racjonalny wykonawca uwzględnić musi ewentualne ryzyko wzrostu wysokości minimalnego wynagrodzenia tak, aby zabezpieczyć swój interes. W rzeczywistości więc to Zamawiający zapłaci za ryzyko wkalkulowane przez wykonawcę do ceny oferty, które w pierwszym roku świadczenia usługi powoduje znaczny jej wzrost, a tym samym zbędne wydatki zamawiającego. Tym samym stanowić ono może zysk wykonawcy i nieuzasadniony koszt Zamawiającego, a co za tym idzie, możliwość postawienia Zamawiającemu zarzutu nierzetelnego wydatkowania środków publicznych.

Po drugie – w przypadku gdy wykonawcy nie uwzględnią w proponowanej ofercie skutków zwiększenia minimalnego wynagrodzenia za pracę, Zamawiający otrzymuje w pierwszym okresie realną ofertę, która jednak po kilku miesiącach przestaje być powiązana z realnymi kosztami ponoszonymi przez wykonawcę. Siłą rzeczy, wykonawca nie będzie w stanie w sposób prawidłowy wykonywać przyjętych na siebie zobowiązań.

Mając na uwadze powyższe, zasadne i konieczne jest dostosowanie zapisów siwz do wymagań art. 142 ust 5 pkt 2 ustawy PZP, poprzez dodanie zapisu:

„W przypadku zmiany, o której mowa w art. 142 ust 5 pkt 2) ustawy PZP wynagrodzenie Wykonawcy ulega zmianie o wartość wzrostu wykazanych kosztów ponoszonych przez Wykonawcę, z tego tytułu.”

ZUS

Art. 142 ust 5 pkt 3 ustawy PZP zobowiązuje Zamawiającego do określenia w siwz zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w razie zmiany zasad i wysokości podlegania ubezpieczeniom społecznym.

Zaproponowane w ostatnim czasie przez rząd, zmiany w przedmiocie „ozusowania” umów cywilnoprawnych rodzą trudne do przewidzenia skutki. Zmiana, o której mowa zakłada,

że składka emerytalna i rentowa od umów zlecenia ma być płacona od kwoty co najmniej minimalnego wynagrodzenia. Projekt nowelizacji przewiduje, że jeżeli w danym miesiącu podstawa składki będzie niższa niż kwota minimalnego wynagrodzenia, a zleceniobiorca będzie spełniał warunki do objęcia ubezpieczeniem z innego tytułu np. umowy o pracę, składkę opłaci ze wszystkich tych tytułów. Proponowana nowelizacja zmierza więc do zwiększenia podstawy wymiaru składki na ubezpieczenie społeczne, w przypadku kiedy zleceniobiorca osiąga przychód z kilku źródeł. Wyższa podstawa wymiaru składki oznacza, że do ZUS trzeba odprowadzać wyższe kwoty tytułem składek. Uwagi wymaga także okoliczność, że wysokość wymiaru składki na ubezpieczenie społeczne jest jednym z głównych kryteriów decydujących o wysokości składki na ubezpieczenie zdrowotne. Podwyższenie jednej skutkować będzie skutkować zwiększeniem drugiej ze składek. Wobec powyższego bezspornym jest, że koszty pracy, o którym mowa powyżej, z dużym prawdopodobieństwem, w wyniku zmian w przepisach prawa, będą wzrastały. Tym samym w interesie zarówno zamawiającego jak i wykonawcy jest wprowadzenie do umów o zamówienie publiczne klauzul zabezpieczających strony przed destabilizacją w realizacji umów (obniżeniem jakości, restrukturyzacją przyjętego modelu wykonania zamówienia, w skrajnych przypadkach wypowiedzenie umowy), która będzie stanowić konsekwencję istotnych i niebagatelnych zmian w wysokości kosztów pracy.

Mając na uwadze powyższe, zasadne i konieczne jest dostosowanie zapisów siwz do wymagań art. 142 ust 5 pkt. 3 ustawy PZP, poprzez dodanie zapisu:

„W przypadku zmiany, o której mowa w art. 142 ust 5 pkt. 3) ustawy PZP wynagrodzenie Wykonawcy ulega zmianie o wartość wzrost wykazanych kosztów ponoszonych przez Wykonawcę, z tego tytułu.”

AUTOMATYZM ZMIAN

Terminy wejścia w życie i wielkość zmian wprowadzonych w art. 142 ust 5 ustawy PZP w całości są niezależne od woli stron umowy o zamówienie publiczne. Aby zatem zapewnić z jednej strony stabilność finansów publicznych, którymi dysponują zamawiający a z drugiej strony dać wykonawcę gwarancję ich słusznym interesów, ustawodawca wprowadził obowiązek waloryzacji umów wieloletnich. Idea art. 142 ust 5 wyraża się w daniu gwarancji obu stronom umowy pewności, iż w razie zaistnienia zewnętrznego zdarzenia w tym przepisie wskazanego, z góry wiedzą w jaki sposób mają się zachować. Stąd obowiązek zawarcia w siwz swego rodzaju automatycznych mechanizmów dostosowywania wynagrodzenia wykonawcy do zewnętrznych warunków. Przy zapewnieniu zamawiającym bezpieczeństwa prawnego koniecznych zmian.

Skoro to zdarzenia zewnętrzne determinują moment wyjścia w życie zmian, o których mowa w art. 142 ust 5 ustawy PZP, to zasadne jest aby konsekwencje tych zmian znalazły odzwierciedlenie w treści stosunku prawnego łączącego zamawiającego i wykonawcę w terminie, w którym te zmiany weszły w życie. Każdy inny termin wprowadzenia zmian w życie budzić może uzasadnione wątpliwości co do tego, czy nie mamy do czynienia z niedozwolonymi negocjacjami między stronami umowy. Brak bowiem obiektywnego powodu uzasadniającego inny termin wprowadzenia zmian niż dostosowanie się stron umowy do działań legislacyjnych ustawodawcy.”

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający nie ma wątpliwości co do obligatoryjności zapisu art. 142. ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych – stąd zgodnie z decyzją ustawodawcy zamieścił go SIWZ (wzór umowy). Zapis ten ogranicza się tylko i wyłącznie do ustanowienia obowiązku wprowadzenia stosownych postanowień do umowy, bez określania ich szczegółowej treści (*Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd .VI, Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., LEX, 2014*). Zamawiający podkreśla, że zgodnie zapisem przedmiotowego art. dotyczy on zmiany

wysokości wynagrodzenia Wykonawcy po zaistnieniu określonych przesłanek, a nie wzrostu wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, dlatego Zamawiający nie wyraża zgody na zapisy proponowane przez Wykonawcę zawierające określenie „wzrost kosztów Wykonawcy”. Stałą tendencją wśród Wykonawców jest przyjmowanie założenia, że koszty realizacji dostaw, usług czy robót budowlanych mogą tylko rosnąć. Zamawiający zwraca uwagę na fakt, że słowo „zmiana” użyte w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, daje mu możliwość obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy np. w przypadku obniżenia stawki VAT na przedmiot zamówienia lub obniżenia wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. Zamawiający podkreśla, że zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy zgodnie z przedmiotowym art. uzależnione są od tego czy zmiany te mają wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę.

W związku z powyższym Zamawiający w celu doprecyzowania zasad zmiany wynagrodzenia Wykonawcy wynikających z art. 142 ust. 5 ustawy Pzp rozszerzy zapisy wzoru umowy w art.4 dodając podpunkty o treści:

- *Zmiana wynagrodzenia Wykonawcy wynikająca postanowień art. 142 ust. 5 ppkt 1 ustawy Pzp nastąpi obligatoryjnie i będzie obowiązywać od dnia wejścia w życie zmian dotyczących powyższego art., o czym strony powiadomią się pisemnie.*
- *Zmiana wynagrodzenia Wykonawcy wynikająca postanowień art. 142 ust. 5 ppkt 2 ustawy Pzp nastąpi po wykazaniu przez Wykonawcę, że zmiany te mają wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę i będzie obowiązywać od dnia wejścia w życie nowej stawki minimalnego wynagrodzenia.*
W celu wykazania przez Wykonawcę wpływu zmian wynikających art. 142 ust. 5 ppkt 2 ustawy Pzp na koszty wykonania zamówienia jest on zobowiązany przedłożyć Zamawiającemu zestawienie w formie tabeli zawierające następujące dane o osobach zaangażowanych po stronie Wykonawcy w realizacji umowy na rzecz Zamawiającego otrzymujących minimalne wynagrodzenie przed zmianą jego wysokości:

lp.	Stanowisko	Ilość roboczogodzin w skali miesiąca przepracowanych na rzecz SPMZOZ	Całkowity koszt pracy brutto pracownika na rzecz SPMZOZ
1.			
2.			
Razem			

Dane zawarte w zestawieniu przedstawione będą zgodnie ze stanem na dzień wejścia w życie zmian dotyczących wysokości minimalnego wynagrodzenia.

Dane zawarte w zestawieniu posłużą wyłącznie do obliczenia zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy i nie będą udostępniane przez Zamawiającego osobom trzecim.

Obliczenie wysokości zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy nastąpi poprzez dodanie do kwoty z pozycji „Razem” procentowego wskaźnika zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia.

- *Zmiana wynagrodzenia Wykonawcy wynikająca postanowień art. 142 ust. 5 ppkt 3 ustawy Pzp nastąpi po wykazaniu przez Wykonawcę/ Zamawiającego, że zmiany te mają wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę i będzie obowiązywać od dnia wejścia w życie zmian zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.*

PYTANIE nr 3

„Prosimy o wprowadzenie do umowy zapisu umożliwiającego stronom rozwiązanie umowy za 3 miesięcznym okresem wypowiedzenia.”

ODPOWIEDŹ:

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie do umowy zapisu umożliwiającego stronom rozwiązanie umowy za 3 miesięcznym okresem wypowiedzenia.

PYTANIE nr 4

„Jakich dokumentów będzie żądał Zamawiający w momencie wzrostu minimalnego wynagrodzenia na etapie negocjacji w świetle art. 142 ust. 5.2 w przypadku umów zawartych na czas dłuższy niż 12 miesięcy?”

ODPOWIEDŹ:

Patrz – odpowiedź na pytanie nr 2.

DYREKTOR
Samodzielnego Publicznego Miejskiego
Zakładu Opieki Zdrowotnej w Słupsku

Maria Mazur