

Wrocław, 18 lipca 2023 r.

Postępowanie nr: KZ-12/2023

### WYJAŚNIENIE TREŚCI SWZ cz. II

Dotyczy postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 132 ustawy Pzp na: **Sprzątanie obiektów dydaktyczno-sportowych Akademii Wychowania Fizycznego im. Polskich Olimpijczyków we Wrocławiu**

Zamawiający na podstawie art. 135 ust. 2 oraz ust. 6 ustawy Pzp (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, z późn. zm.), przekazuje poniżej treść zapytań, które wpłynęły do Zamawiającego wraz z wyjaśnieniami:

#### Pytanie nr 3

Zamawiający w SIWZ dopuszcza możliwość udziału w postępowaniu podmiotów działających w ramach konsorcjum. Zważywszy na fakt, iż:

a) 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,

b) powyższe może budzić wątpliwości co do zgodności takiej praktyki z przepisami ustawy z dnia 11.09.2019 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 – 106q 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.

#### Wyjaśnienie w odpowiedzi na pytanie nr 3:

Zamawiający informuje, że faktury VAT muszą być wystawiane przez podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, z którym Zamawiający podpisze umowę. Wskazane przez Wykonawcę rozwiązanie jest prawnie niedopuszczalne.

#### Pytanie nr 4

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, umożliwiającą 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”.

**Wyjaśnienie w odpowiedzi na pytanie nr 4:**

Zamawiający informuje, że pytanie zadane przez Wykonawcę nie stanowią ratio legis wniosku o wyjaśnienie treści SWZ, lecz wniosek o zmianę treści SWZ, na którą Zamawiający nie wyraża zgody. Wysokość kar nie jest wygórowana i jest adekwatna do wartości szacunkowej zamówienia w każdej z części. Przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Wykonawca powinien założyć, iż usługę sprzątnia będzie realizował należycie.

**Pytanie nr 5**

Zamawiający określił w SIWZ wymóg zatrudnienia pracowników wykonujących czynności porządkowe lub czynności sprzątnia 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.

**Wyjaśnienie w odpowiedzi na pytanie nr 5:**

Zamawiający informuje, że jako jednostka sektora finansów publicznych zgodnie z art. 95 ust. 1 ustawy Pzp jest zobligowany do określenia w dokumentach zamówienia wymagań związanych z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez Wykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących określone przez Zamawiającego czynności

– w przypadku niniejszego postępowania są to wszelkie czynności bezpośrednio związane z wykonywaniem usług sprzątnięcia obiektów dydaktyczno-sportowych określone w *Opisie przedmiotu zamówienia* stanowiącym *zał. nr 3a do SWZ*, albowiem wykonywanie 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 2022 r., poz. 1510, z późn. zm.), co też Zamawiający uczynił poprzez odpowiednie zapisy w dokumentacji postępowania. Wykonawca jako pracodawca obowiązany jest zapewnić normalne funkcjonowanie zakładu pracy bez względu na liczbę pracowników. W związku z powyższym Zamawiający nie wyraża zgody na zaproponowany przez Wykonawcę zapis.

### Pytanie nr 6

W związku z obecną sytuacją i brakiem możliwości przewidzenia wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, minimalnej stawki godzinowej, oraz wskaźnika GUS obowiązujących od 1 Stycznia 2023 r. wnosimy o wprowadzenie zapisów dotyczących możliwości zmiany w łączącej strony umowie w przypadku wystąpienia wzrostu w/w. Zwracamy uwagę, iż koszt płacy pracowników to podstawowy koszt usług utrzymania czystości. Wykonawcy przygotowując swoje oferty w przypadku kontraktów 12 miesięcznych muszą oszacować jak będą wyglądały wynagrodzenia pracowników zarówno na początku kontraktu jak i w każdym jego dniu w tym również od 1 stycznia 2023r. i w związku z tym ponieść ryzyko oszacowania w/w. Obecna sytuacja powoduje że Wykonawcy nie mają możliwości przewidzieć jakie będzie minimalne wynagrodzenie od 1 stycznia 2023r. W przypadku dodania zapisów umożliwiających waloryzację wynagrodzeń Zamawiający otrzyma oferty konkurencyjne bazujące na tych samych założeniach dot. sposobu wynagrodzeń pracowników i zminimalizuje ryzyko niedoszacowania kontraktu. W związku z powyższym wnosimy o dodanie :

Niniejsza umowa ulegnie zmianie w zakresie należnego wykonawcy wynagrodzenia, w przypadku zmiany:

- a. stawki podatku od towarów i usług,
  - b. 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,.
  - c. zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne,
  - d. 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.
- Każda ze stron umowy, w przypadku zaistnienia zdarzeń o jakich mowa w art. 436 pkt. 4, 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. 436 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.

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 netto 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 netto tych osób.

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:

- a) wysokości podatku od towarów i usług,
- b) wysokości kwoty minimalnego wynagrodzenia,
- c) wysokości kwoty minimalnej stawki godzinowej wynagrodzenia,
- d) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniom zdrowotnym,
- e) wysokości stawki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne,

f) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych.

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.

W przypadku zmiany, o której mowa w ustępie 4 lit „b-f” niniejszego paragrafu Wykonawca przedstawia:

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.

Niezawarcie 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.

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.

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. 436 pkt. 4, 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..

**Wyjaśnienie w odpowiedzi na pytanie nr 6:**

Zamawiający informuje, że wszelkie zapisy w zakresie waloryzacji wynagrodzenia znajdują się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

**Pytanie nr 7**

Czy Zamawiający w trakcie realizacji umowy zamierza ograniczyć sprzątaną powierzchnię? Jeśli tak, prosimy o określenie max % ograniczenia powierzchni.

**Wyjaśnienie w odpowiedzi na pytanie nr 7:**

Zamawiający informuje, że wszelkie zapisy w zakresie ewentualnego ograniczenia powierzchni do sprzątania znajdują się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

**Pytanie nr 8**

Jeśli Zamawiający zamierza ograniczyć sprzątania powierzchnię, prosimy o wyrażenie zgody na ograniczenie w ten czas ilości etatów przez Wykonawcę.

**Wyjaśnienie w odpowiedzi na pytanie nr 8:**

Zamawiający informuje, że liczbę etatów/osób, które wykonywać będą czynności związane ze świadczeniem usług sprzątania obiektów dydaktyczno-sportowych ustala Wykonawca tak, by usługi świadczone były w sposób należyty.

Sporządziła: mgr Wioletta Koziarzewska  
Kierownik Biura Zamówień Publicznych  
Sekretarz Komisji Przetargowej

Zatwierdził: mgr inż. Marek Janusz  
Dyrektor Działu Eksploatacji i Wynajmu Obiektów  
Przewodniczący Komisji Przetargowej