

Żarów, dn. 18.11.2019 r.

**Wszyscy Wykonawcy ubiegający się
o udzielenie zamówienia publicznego.**

Dotyczy przetargu: „Kompleksowe utrzymanie czystości krytego basenu Gminnego Centrum Kultury i Sportu w Żarowie w okresie od 01.01.2020 do 31.12.2020”

Nr sprawy: GCKIS.271.4.2019

Pytania i odpowiedzi dot. postępowania

Na podstawie art. 38 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP z dnia 29 stycznia 2004 (Dz. U. Z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) Zamawiający tj. Gminne Centrum Kultury i Sportu ul. Piastowska 10a 58-130 Żarów udziela odpowiedzi na pytania Wykonawcy dotyczące postępowania nr GCKIS.271.4.2019 „Kompleksowe utrzymanie czystości krytego basenu Gminnego Centrum Kultury i Sportu w Żarowie w okresie od 01.01.2020 do 31.12.2020”

1. 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 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 – 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.

Odpowiedź:

Zamawiający nie dopuszcza możliwości wystawiania faktur przez inny podmiot niż Wykonawca, z którym zostanie zawarta umowa. Wskazane rozwiązanie jest niedopuszczalne pod względem obowiązującego prawa.



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 o 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:

Zamawiający nie wyraża zgody na zaproponowane zmiany wzoru umowy (Załącznik nr 9 do SIWZ) Wysokość kar zapisanych w umowie nie jest wygórowana i jest adekwatna do szacunkowej wartości zamówienia. Wykonawca, który zamierza przystąpić do postępowania winien założyć, że przy właściwej organizacji pracy, zleconą usługę będzie realizował należycie. Kara umowna nie jest związana ze szkodą, służy jedynie zapewnieniu ochrony interesów Zamawiającego poprzez zapewnienie prawidłowej i terminowej realizacji umowy.

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:

Zamawiający nie wyraża zgody na zaproponowaną zmianę. Zamawiający wymaga, aby pracownicy byli zatrudnieni na umowę o pracę przez cały okres realizacji umowy. Wymóg ten jest obligatoryjny i Zamawiający nie przewiduje żadnego odstępstwa od tej reguły. Kwestię wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę reguluje art. 29 ust. 3a oraz art. 36 ust. 2 pkt 8a ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Zamawiający jest zobowiązany do stosowania tych przepisów. Nie dają one Zamawiającemu możliwości odstępowania od ich stosowania.

4. W związku z brakiem w treści SIWZ postanowień odpowiadających treści art. 142 ust. 5 ustawy prawo zamówień publicznych, wnioskujemy o wprowadzenie do treści SIWZ postanowień odpowiadających treści art. 142 ust. 5 ustawy prawo zamówień publicznych oraz 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- 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 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.
 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 netto 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:
- 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.
5. W przypadku zmiany, o której mowa w ustępie 4 lit „a” niniejszego paragrafu, wartość netto wynagrodzenia Wykonawcy nie zmienia 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-e” 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.
7. Niezawarcie w terminie nie dłuższym niż 30 dni 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.
8. 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.

9. *Zmiany o których mowa wymagają zawarcia aneksu/ porozumienia do umowy o zamówienie publiczne."*

Uzasadnienie:

Przeniesienie do treści wzoru umowy treści art. 142 ust.5 pzp nie można uznać za wystarczające. 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.

Odpowiedź: Odnosząc się do art. 142 ust 5 ustawy PZP Zamawiający w §. 10 wzoru umowy (załącznik nr 9 do SIWZ) określił możliwość zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy.

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści SIWZ. Ponadto obowiązek wprowadzenia zmian do umowy, o których mowa w art. 142 ust.5 ustawy Prawo Zamówień Publicznych jest konieczny w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy. W przedmiotowym postępowaniu czas trwania umowy został określony na okres do 12 miesięcy, stąd taki zapis nie jest obligatoryjny.

18.11.2019r.
DYREKTOR
GMINNEGO CENTRUM KULTURY I SPORTU
Tomasz Pietrzyk

GMINNE CENTRUM KULTURY I SPORTU
58-130 Żarów
ul. Piastowska 10 A
tel./fax 0-74 858-07-53
NIP 834-10-86-079 REGON 890323202