

Kłodzko, dnia 30 marca 2012 roku

ZP-II.271.3.2.2012

**Do Wykonawców**

Dotyczy zamówienia: **"Wykonanie usług w zakresie pielęgnacji i utrzymania w czystości zieleni miejskiej na terenie miasta Kłodzka"**.

Zgodnie z art. 38 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.), Zamawiający udziela wyjaśnień na pytania Wykonawców dotyczących treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

I. Mając na uwadze treść § 6 wzoru umowy proponujemy dopisać postanowienie dotyczące wynagrodzenia wykonawcy, które zwiększone będzie o wskaźnik wzrostu minimalnej płacy krajowej.

Wnoskujemy o wprowadzenie następującego zapisu do umowy:

„Wynagrodzenie Wykonawcy będzie zwiększone o wskaźnik wzrostu minimalnej płacy krajowej”

Powyższa zmiana wynika z konieczności dostosowywania przez wykonawców wynagrodzeń wypłacanych przez nich pracownikom wykonującym usługi porządkowe do poziomu ustalonego w ustawie. Wskazać należy, że w przypadku usług porządkowo – czystościowych płace pracowników oparte są o minimalną płacę krajową. Płaca stanowi około 75% kosztów kontraktu.

Doświadczenia roku 2008 r., 2009 r. i 2010 r. 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 ustalone 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 – mający w pamięci problemy wynikające ze zmiany minimalnego wynagrodzenia od dnia 1 stycznia 2008 r. – 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 w kalkulowane przez wykonawcę do ceny oferty, które w pierwszym roku świadczenia usługi powoduje znaczny jej wzrost, a tym samym zbędne wydatki zamawiającego. Tym samym stanowi 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 sposób prawidłowy wykonywać przyjętych na siebie zobowiązań.

Aby zatem uniknąć wskazanych powyżej niebezpieczeństw, racjonalne, celowe i uzasadnione w świetle ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. Z 2005 r. Nr 14 poz. 114 ze zm.), jest zawarcie przez Zamawiającego proponowanej klauzuli waloryzacyjnej. Niewątpliwą korzyścią dla Zamawiającego będzie to, iż w każdym momencie trwania umowy ponosił będzie wyłącznie konieczne koszty świadczenia usług, a każda ewentualna zmiana wynagrodzenia wykonawcy będzie przez niego kontrolowana w oparciu o znane mu wówczas wskaźniki. Proponowany zapis nie naraża Zamawiającego na ponoszenie konsekwencji działań wykonawców, którzy w sposób błędny dokonaliby obliczenia ceny, albo którzy musieliby antycypować wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę kilka lat naprzód.

Dlatego też w interesie Zamawiającego i tym samym w interesie publicznym leży, aby Zamawiający uwzględnił w projekcie umowy możliwość waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy o wskaźnik wzrostu minimalnej płacy a wykonawca rzetelnie skalkulował cenę oferty na podstawie faktycznie poniesionych kosztów na moment składania ofert.

**II.** Zwracamy się o zamieszczenie w projekcie umowy, postanowienia umożliwiającego stronom rozwiązanie umowy za 1 miesięcznym wypowiedzeniem.

Należy zauważyć, że w przypadku umów długoterminowych zawieranych na okres 1 - 2 lat w momencie zawierania umowy strony nie są w stanie przewidzieć wszystkich okoliczności oraz czynników mogących mieć negatywny wpływ na wykonywanie zobowiązań umownych dla każdej ze stron, jak również w sposób kompleksowy i wyczerpujący uregulować procedury postępowania w takich wypadkach. Wprowadzenie możliwości rozwiązania umowy za wypowiedzeniem ma na celu stworzenie podstaw prawnych do zakończenia stosunku prawnego pomiędzy stronami, jeżeli z określonych powodów nie są one zainteresowane dalszym kontynuowaniem współpracy na dotychczasowych warunkach. Mając na względzie dynamikę życia gospodarczego, czyli pojawianie się nowych technologii wykonywania zamówień, czy też nowych środków, może po kilku latach dojść do sytuacji, gdy jedna ze stron w tym również zamawiający będzie chciał skorzystać z jednostronnego uprawnienia do zakończenia umowy przed upływem jej obowiązywania. Obowiązujące przepisy ustawy prawo zamówień publicznych nie zawierają w tym zakresie żadnych zakazów.

**III.** „Mając na uwadze przepis § 7 zawarty w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stanowiącym Załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwracamy się o zmianę o 50% wysokości kar umownych zastrzeżonych w powyższych przepisach”.

Podkreślić należy, że w doktrynie prawa zamówień publicznych oraz w aktualnym orzecznictwie 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 obciążone 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. Zważywszy 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 rażąco naruszenie prawa w zakresie równości stron umowy, co w konsekwencji prowadzi do sprzeczności celu takiej umowy z zasadami współżycia

społecznego i skutkować winno bezwzględną nieważnością czynności prawnej na podstawie przepisu art. 353<sup>1</sup> k.c. w związku z art. 58 § 1 k.c.

IV. Od dnia 1 stycznia 2011 r. zmiana ulega ustawa o podatku od towarów i usług. Zmianie ulegają stawki podatku VAT, w tym stawka podstawowa, a także zasady stosowania innych stawek podatku VAT niż stawka podstawowa do poszczególnych usług dziś nimi objętych. Powyższe zmiany zgodnie z publicznymi deklaracjami tak Prezesa Rady Ministrów jak i Ministra Finansów mogą się okazać niewystarczające i jeśli sytuacja gospodarcza Polski się pogorszy, możliwe będzie dalsze podwyższenie stawek podatku VAT.

Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą KIO, wykonawcy składając ofertę zobowiązania są obliczać podatek VAT wg zasad obowiązujących na dzień składania ofert.

Żaden przedsiębiorca nie jest w stanie przewidzieć jaka będzie wysokość podatku VAT w czasie trwania umowy o wykonanie zamówienia publicznego. Nie jest w stanie również przewidzieć, czy dokonywane obecnie klasyfikacje podatkowe czynności objętych zamówieniem, będą wiążące w kolejnych miesiącach i latach. Tym samym rozsądny przedsiębiorca nie ma wiarygodnych przesłanek, aby składając ofertę ustalić jakie będą możliwe zmiany kosztów świadczenia usługi w okresie trwania umowy.

Mając na uwadze treść art. 144 ustawy PZP, który to zakazuje dokonywania zmian w umowie, których przesłanek nie określa specyfikacja istotnych warunków zamówienia, wnoszę o wskazanie który zapis specyfikacji przewiduje możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia za wykonanie zamówienia publicznego w razie zmiany przepisów podatkowych.

W przypadku, gdy SIWZ nie przewiduje takiej sytuacji wnoszę o dokonanie zmiany zapisów umowy w ten sposób, iż wynagrodzenie należne wykonawcy będzie stanowiło wynagrodzenie netto zgodnie ze złożoną ofertą wykonawcy powiększone o podatek VAT w wysokości obowiązującej w dniu wystawienia faktury VAT. Lub alternatywnie o dodanie zapisu, iż dopuszczalna jest zmiana umowy w przypadku zmiany przepisów prawa powszechnie obowiązującego – przepisów prawa podatkowego o konsekwencje wynikające z takich zmian prawa.

V. Czy Zamawiający umożliwi pracownikom Wykonawcy realizującym usługi porządkowo-czystościowe na obiekcie bezpłatne korzystanie z pomieszczeń należących do Zamawiającego? Jeżeli tak prosimy o dodanie do projektu umowy zapisu „Zamawiający umożliwi pracownikom Wykonawcy realizującym usługi porządkowo – czystościowe na obiekcie korzystanie z pomieszczeń należących do Zamawiającego”. Jeżeli nie prosimy o udostępnienie wzoru umowy najmu/dzierżawy pomieszczeń.

VI. Zwracamy się o uchylenie postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia –pkt B.3 – zasady składania ofert wspólnych przez przedsiębiorców „4) wszelka korespondencja oraz rozliczenia dokonywane będą wyłącznie z pełnomocnikiem”, zgodnie z którym w przypadku podmiotów występujących wspólnie rozliczenia dokonywane będą wyłącznie z podmiotem występującym jako reprezentant pozostałych.

Wnosimy o umożliwienie dokonywania odrębnych rozliczeń z Zamawiającym przez każdego uczestnika konsorcjum.

W uzasadnieniu stwierdzamy, iż według przepisu art. 23 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 roku, nr 113, poz. 759 ze zm.) Zamawiający nie ma podstaw prawnych do żądania dokonywania rozliczeń wyłącznie z reprezentantem konsorcjum.

Podkreślić należy (por. Komentarz do art. 23 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierzanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV.), że treść zawieranej umowy konsorcjum winna wypełniać minimalne wymagania dla celu zawarcia takiej umowy, jednakże jej kształtowanie jest wyłącznym prawem wykonawców i zamawiający nie ma prawa ingerować w jej treść ani żądać zawarcia w niej oczekiwanych przez niego postanowień. Nic nie stoi też na

przeszkodzie, aby wykonawcy uregulowali w odrębnej umowie dostępnej tylko jej stronom kwestie, których nie chcą ujawniać zamawiającemu (np. finansowe). Ustawa nie wprowadza również żadnych sankcji za niepodporządkowanie się żądaniu zamawiającego. Niespełnienie wymogu zawarcia umowy konsorcjum ze względu na brak przesłanek w art. 89 i 93 nie może być w szczególności podstawą odrzucenia oferty lub unieważnienia postępowania.

Ponadto wskazujemy, że na gruncie przepisów kodeksu cywilnego, do którego odsyła przepis art. 14 ustawy prawo zamówień publicznych, dług zamawiającego w stosunku do wykonawcy wynikający z umowy w sprawie zamówienia publicznego polega na wykonaniu świadczenia pieniężnego (zapłacie wynagrodzenia). Ponieważ świadczenie pieniężne jest zawsze świadczeniem podzielnym, to do odpowiedzialności zamawiającego przed wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia znajdzie zastosowanie norma wyrażona w art. 379 § 1 k.c., wedle której, jeżeli jest kilku wierzycieli, a świadczenie jest podzielne, to dług dzieli się na tyle niezależnych od siebie części, ilu jest wierzycieli. (por. Komentarz do art. 141 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV.).

#### **Ad. I**

Postanowienia § 6 wzoru umowy pozostają bez zmian.

#### **Ad. II**

Wzór umowy został sporządzony zgodnie z obowiązującymi przepisami. W przypadkach nieuregulowanych umową odpowiednie zastosowanie mają przepisy Kodeksu cywilnego i ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) oraz przepisy do niej wykonawcze (§ 9 wzoru umowy).

#### **Ad. III**

Postanowienia § 7 wzoru umowy pozostają bez zmian. Kary umowne służą bowiem zabezpieczeniu interesów Zamawiającego.

#### **Ad. IV**

Zgodnie z postanowieniami § 6 ust. 9 wzoru umowy: „Strony zgodnie oświadczają, iż zmiana wysokości wynagrodzenia, o której mowa w ust. 1, nastąpi wyłącznie w przypadku zmiany ustawowej stawki podatku od towarów i usług dotyczącej przedmiotu zamówienia”.

#### **Ad. V**

Przedmiotem zamówienia są tereny otwarte (tereny zieleni miejskiej). Zamawiający nie przewiduje udostępniania pomieszczeń.

#### **Ad. VI**

Obecnie na gruncie aktualnych regulacji zawartych w akcie normatywnym i wykonawczym należy podkreślić, że obowiązek ustanowienia pełnomocnika konsorcjum wynika wprost z ustawy z art. 23 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia powinni więc ustanowić pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu, tj. w szczególności do składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferty, oświadczeń i zawiadomień albo reprezentowania ich w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pełnomocnik taki uprawniony jest także do reprezentacji biernej – przyjęcie przez niego oświadczenia lub zawiadomienia rodzi skutki dla wszystkich konsorcjantów. Obowiązek ustanowienia pełnomocnika ma na celu ochronę interesów

zamawiającego. Dokonując bowiem czynności względem pełnomocnika, zamawiający dokonuje jej ze skutkiem dla wszystkich konsorcjantów. Pełnomocnikiem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia może być jeden z wykonawców, ale nie ma żadnych przeszkód, aby wykonawcy ustanowili pełnomocnikiem podmiot niebędący konsorcjantem. Przepis art. 23 ust. 2 stanowiący o obowiązku ustanowienia pełnomocnika nie ogranicza prawa wykonawców występujących wspólnie do ustanowienia więcej niż jednego pełnomocnika, o ile tylko zostanie wypełniony wymóg minimalnego zakresu pełnomocnictwa wskazany w przepisie. Udzielenie więcej niż jednego pełnomocnictwa będzie natomiast skutkowało dla zamawiającego prawem do swobodnej decyzji, który z nich będzie odbiorcą informacji, oświadczeń i innych czynności dokonywanych przez zamawiającego. Wielość pełnomocników, mimo że zgodna z prawem, będzie więc niekorzystna dla wykonawców. (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., W. LEX 2010, autor Małgorzata Stachowiak, Komentarz do art. 23 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Z punktu widzenia praktycznej potrzeby ustanowienia pełnomocnika przez konsorcjum z perspektywy zamawiającego warto zauważyć, że gdyby wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia nie ustanowili pełnomocnika, zamawiający musiałby kierować korespondencję w postępowaniu do wszystkich podmiotów wchodzących w skład konsorcjum. W istocie często do wszystkich łącznie bądź do każdego indywidualnie jednak z powiadomieniem pozostałych. (Justyna Olszewska-Stompel Konsorcjum w zamówieniach publicznych. Ustanowienie pełnomocnika przez konsorcjum jako obowiązek ustawowy a podpisywanie dokumentów przez konsorcjum).

Zgodnie z obowiązującymi przepisami brak jest także podstaw prawnych zakazujących rozliczanie się Zamawiającego wyłącznie z pełnomocnikiem konsorcjum Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. W związku z powyższym, zapisy siwz dotyczące zasad składania ofert wspólnych przez wykonawców pozostają bez zmian.

  
M. Gredys  
INSPIRA TOR  
ds. zamówień publicznych

  
Z-ca BURMISTRZA  
Miasta Kłodzka  
Henryk Urbanowski

..... (podpisy członków komisji przetargowej)