

DYREKTOR SĄDU REJONOWEGO W BYDGOSZCZY

Bydgoszcz, ul. Wały Jagiellońskie 4; tel. 52 587 85 00 fax.32-53-449; e-mail: a.kozlowski@bydgoszcz.sr.gov.pl

Bydgoszcz, dnia 9 kwietnia 2020r.

PN 2/2020 (G 272-2/20)

Do Wykonawców

Na podstawie art. 38 ustawy prawo zamówień publicznych Zamawiający oraz pkt. 9 części XIV Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wyjaśnia treść złożonych wniosków.

30. Pytanie: Proszę o informację, jak będą realizowane obowiązki stron w przypadku wystąpienia tzw. „siły wyższej”. Jednocześnie, w związku z zaistniałą sytuacją zagrożenia pandemią koronawirusa, wnoszę o wprowadzenie do wzorca umowy postanowień dotyczących wystąpienia siły wyższej. Poniżej przykładowe zapisy, które zamawiający – wzorem innych zamawiających publicznych - mógłby wprowadzić do wzorca umowy:

SILA WYŻSZA

- 1. Na czas działania Siły Wyższej obowiązki Strony, która nie jest w stanie wykonać danego obowiązku ze względu na działanie Siły Wyższej, ulegają zawieszeniu.*
- 2. Strona Umowy, która opóźnia się ze swoim świadczeniem wynikającym z Umowy ze względu na działanie Siły Wyższej nie jest narażona na konsekwencje finansowe (w tym odsetki, kary albo inne konsekwencje finansowe) lub odstąpienie od Umowy przez drugą Stronę z powodu niedopełnienia obowiązków Umownych.*
- 3. Dla potrzeb Umowy, "Siła Wyższa" oznacza zdarzenie, którego wystąpienie jest niezależne od Stron i któremu nie mogą one zapobiec przy zachowaniu należytej staranności, a w szczególności: wojny, stany nadzwyczajne, klęski żywiołowe, epidemie, ograniczenia związane z kwarantanną, embargo, rewolucje, zamieszki i strajki, które uniemożliwia wykonywanie Przedmiotu Umowy.*
- 4. Każda ze Stron jest obowiązana do niezwłocznego zawiadomienia drugiej ze Stron o zajściu przypadku Siły Wyższej. O ile druga ze Stron nie wskaże inaczej na piśmie, Strona, która dokonała zawiadomienia będzie kontynuowała wykonywanie swoich obowiązków wynikających z Umowy, w takim zakresie, w jakim jest to praktycznie uzasadnione, jak również musi podjąć wszystkie alternatywne działania zmierzające do wykonania Umowy, których podjęcie nie wstrzymuje zdarzenie Siły Wyższej.*
- 5. W przypadku ustania Siły Wyższej, Strony niezwłocznie przystąpią do realizacji swych obowiązków wynikających z Umowy.*

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe. Tego rodzaju określenia i tryby postępowania regulują przepisy wyższego rzędu.

31. Pytanie: Prosimy o skrócenie terminu płatności faktury do 14 dni.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.

32. Pytanie: W związku z tym, że termin realizacji usługi przypada również na rok 2021, wnoszę o wprowadzenie do warunków zamówienia oraz umowy zapisów precyzujących, iż wartość wynagrodzenia wykonawcy ulega zmianie w dniu zaistnienia zmiany 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.

Przy realizacji usług będących przedmiotem zamówienia koszty osobowe stanowią dominującą pozycję w cenie usługi. Do tej pory wykonawcy nie mieli żadnych ograniczeń przy stosowaniu różnych form zatrudniania i związanych z nimi kosztami. Proponowana wyżej zmiana jest nie tylko korzystna dla Zamawiającego, ale pozwala mu także 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 oraz minimalnej stawki godzinowej ustalane są przez podmiot trzeci w stosunku tak dla Zamawiającego jak i wykonawców, oczywistym jest, iż mają charakter niezależny od woli stron. Brak uwzględnienia proponowanej zmiany w treści projektu umowy łączyć się będzie dla Zamawiającego z dwoma negatywnymi skutkami.

Po pierwsze wykonawcy mogą oferować wykonanie usługi drożej, niż to wynika z faktycznych kosztów jej świadczenia w momencie składania oferty, po to aby uwzględnić ewentualne zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia lub minimalnej stawki godzinowej 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, że wydatkuje posiadane środki w sposób racjonalny i gospodarczo uzasadniony. Brak uwzględnienia w projekcie możliwości waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy powoduje, że kalkulując cenę oferty dla umowy długoterminowej, racjonalny wykonawca uwzględnić musi ewentualne ryzyko wzrostu minimalnego wynagrodzenia lub minimalnej stawki godzinowej, 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.

Po drugie – w przypadku gdy wykonawcy nie uwzględnią w proponowanej ofercie skutków zwiększenia minimalnego wynagrodzenia za pracę lub minimalnej stawki godzinowej 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, zasadna i konieczna jest modyfikacja zapisów umowy i warunków zamówienia. Wnosimy zatem o dodanie w umowie zapisu:

Strony postanawiają, iż dokonają w formie pisemnego aneksu zmiany wynagrodzenia w wypadku wystąpienia którejkolwiek ze zmian:

- 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*
- 2. Zmiana wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian o których mowa w ust. 1.*
- 3. W wypadku zmiany, o której mowa w ust. 1 lit. a) wartość netto wynagrodzenia Wykonawcy nie zmieni się, a określona w aneksie wartość brutto wynagrodzenia zostanie wyliczona na podstawie nowych przepisów.*
- 4. W przypadku zmiany, o której mowa w ust 1 lit. b) wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy wynikającą ze zwiększenia wynagrodzeń osób bezpośrednio wykonujących zamówienie do wysokości zmienionego minimalnego wynagrodzenia albo do wysokości zmienionej minimalnej stawki godzinowej, z uwzględnieniem wszystkich obciążeń publicznoprawnych, wynikających z tych zmian*
- 5. W przypadku zmiany, o którym mowa w ust 1 lit. c) wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy, jaką będzie on zobowiązany dodatkowo ponieść w celu uwzględnienia tej zmiany, przy zachowaniu dotychczasowej kwoty netto wynagrodzenia osób bezpośrednio wykonujących zamówienie na rzecz Zamawiającego.*
- 6. W przypadku zmiany, o której mowa a ust. 1 lit. d) wynagrodzenie Wykonawcy zostanie podwyższone o wartość, o jaką wzrosną całkowite koszty wykonania umowy ponoszone przez Wykonawcę, wynikające ze wzrostu kosztów realizacji zamówienia publicznego wynikającego z wpłat do PPK dokonywanych przez podmioty zatrudniające osoby uczestniczące w wykonaniu zamówienia publicznego.*
- 7. Za wyjątkiem sytuacji o której mowa w ust. 1 lit. a), wprowadzenie zmian wysokości wynagrodzenia wymaga uprzedniego złożenia przez Wykonawcę oświadczenia o wysokości dodatkowych kosztów wynikających z wprowadzenia zmian, o których mowa w ust 1 litera b), c) i d).*

Odpowiedź: Zamawiający udzielił odpowiedzi w pytaniu nr 7 z dnia 8 kwietnia 2020 r., i zmodyfikował ogłoszenie w powyższym zakresie.

33. Pytanie: Zgodnie ze wzorem umowy, Zamawiający przewiduje kary umowne za nienależyte wykonywanie usługi. Czy Zamawiający, po analizie poniższych argumentów Wykonawcy, zmodyfikuje wysokość kar umownych? Wykonawca wnosi o zmianę o 50% wysokości kar, zastrzeżonych przez Zamawiającego.

Przewidziane przez Zamawiającego kary są niewspółmiernie wysokie do wartości zamówienia oraz do czasu trwania umowy. Poziom kar umownych jest zbyt wygórowany w stosunku do wskazanych nieprawidłowości stanowiących podstawę ich naliczenia. Wykorzystywanie przez Zamawiającego - będącego silniejszą stroną stosunku prawnego powstającego w wyniku udzielenia zamówienia - jego pozycji do zastrzegania na swoją rzecz kar umownych, których wysokość jest wygórowana jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, a tym samym winno być uznane za wykraczające poza dopuszczalne zgodnie z art. 3531 Kodeksu cywilnego granice swobody umów. Uprzywilejowana pozycja Zamawiającego oraz zasadniczo jednostronne określanie istotnych warunków przyszłej umowy sprawia, że umowa o udzielenie zamówienia staje się niejako umową adhezyjną, podczas gdy winna zmierzać do zabezpieczenia interesów obu stron, a kara umowna nie powinna prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego, ponieważ jej celem jest dyscyplinowanie stron do prawidłowego i terminowego wywiązywania się z przyjętych na siebie obowiązków umownych

Dodatkowo, samą wysokość kar umownych należy uznać za nadmierną, a tym samym również sprzeczną z zasadami współżycia społecznego. Postanowienia umowne dotyczące kar w żaden sposób nie są związane z zabezpieczeniem interesu Zamawiającego i interesu publicznego związanego z uzyskaniem jak najlepszego zamówienia. W konsekwencji Zamawiający działa z przekroczeniem swobody umów łamiąc zasady współżycia społecznego wykorzystując instytucję kary umownej niezgodnie z jej naturą i przeznaczeniem.

Ponadto, Zamawiający wprowadzając takie postanowienia narusza zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, ogranicza konkurencję oraz utrudnia dostęp do rynku przedsiębiorcom, co może faktycznie wpłynąć na brak ofert. Na uwagę zasługuje również fakt, że wykonawca potencjalne ryzyko związane z naliczeniem kar umownych wkalkuluje w cenę oferty, co spowoduje, że złożone oferty będą mniej konkurencyjne, a Zamawiający poniesie większe koszty związane z udzieleniem zamówienia.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.

34. Pytanie: Proszę o potwierdzenie, że Zamawiający wyraża zgodę, aby każda z firm wchodząca w skład konsorcjum firm wystawiała Zamawiającemu osobną fakturę VAT.

Uzasadnienie:

Wykonawcy składają oferty jako konsorcjum firm. Zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16.10.2018 r; poz. 1986 ze zm.) wykonawca posiada pełną dowolność w kreowaniu składu konsorcjum oraz w podziale obowiązków pomiędzy poszczególnymi członkami konsorcjum. W konsekwencji Zamawiający wybierając ofertę wykonawcy będącego konsorcjum, nie ma możliwości wpływać na sposób podziału zakresu realizacji usługi wewnątrz konsorcjum oraz na treść samej umowy konsorcjum. Zamawiający ma prawo jedynie do wglądu do treści umowy konsorcjum w zakresie jego składu i podziału obowiązków pomiędzy członków konsorcjum. W ramach realizacji umowy każda z firm wchodząca w skład konsorcjum wykonuje odmienne czynności dające w sumie pełny zakres realizacji przedmiotu umowy. Każda z firm wchodzących w skład konsorcjum za wykonane usługi zobowiązana jest mocą przepisów prawa podatkowego do wystawienia faktury VAT na rzecz podmiotu, dla którego usługę

wykonała – czyli w tym przypadku dla Zamawiającego. Wystawianie faktur na lidera konsorcjum przez członków konsorcjum może być uznane za nieprawidłowe z przyczyn podatkowych podczas kontroli przez organy podatkowe. Zgodnie ze stanowiskiem doktryny podatkowej, o wspólnym przedsięwzięciu należy mówić w każdym przypadku, gdy co najmniej dwa podmioty podejmują się współpracy w realizacji określonego, i najczęściej w miarę precyzyjnie zdefiniowanego, celu gospodarczego. Podmioty te zawierają więc umowę gospodarczą w celu realizacji wspólnego przedsięwzięcia, które ze względu na potencjał finansowy, zakres przedmiotowy lub kompetencyjny przekracza możliwości jednego tylko podmiotu – umowę konsorcjum.

Kluczowe jest jednak, że na płaszczyźnie podatku dochodowego od osób prawnych (CIT), wspólne przedsięwzięcie czy konsorcjum nie posiada statusu podatnika. Oznacza to, że podatnikami podatku dochodowego są poszczególni członkowie takiej grupy gospodarczej (czyli podmioty współpracujące).

Jednocześnie, jako podstawę do indywidualnego rozliczania należy wskazać art. 8, art. 19 a, art. 106 b Ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług Dz. U. z 2018 r. poz. 2174 ze zm. Zgodnie z którymi, jeśli podatnik VAT (konsorcjant) świadczy usługę bezpośrednio na rzecz zamawiającego, to jest zobligowany do rozliczenia VAT należnego od tego świadczenia i wystawienia faktury na rzecz odbiorcy świadczenia czyli Zamawiającego.

Mając na uwadze różnorodność czynności składających się na przedmiot zamówienia, często zdarza się, że poszczególne usługi realizowane w ramach całego przedmiotu umowy opodatkowane są różnymi stawkami podatku VAT, dlatego też, aby zapewnić przejrzystość podatkową, uzasadnione jest wystawianie faktur przez członków konsorcjum bezpośrednio Zamawiającemu jako faktycznemu odbiorcy usługi. Powyższe wynika, z faktu, że członek konsorcjum świadczący usługę opodatkowaną w innym wymiarze niż 23% lub zwolnioną z podatku z powodu rodzaju świadczonej usługi, jako jedyny podmiot w ramach konsorcjum ma możliwość wystawienia faktury zgodnie z przysługującym mu zwolnieniem z podatku lub innym niż 23 % podatkiem VAT. Każdy z pozostałych członków w tym lider konsorcjum – świadczący usługi oprocentowane 23 % podatkiem VAT nie ma możliwości, wystawienia faktur ze zwolnieniem podatkowym lub w innym wymiarze niż 23 %. Wystawienie przez lidera konsorcjum faktury zbiorczej na Zamawiającego zawierającego m.in. określenie wynagrodzenia za usługę np. zwolnioną z podatku, może być kwestionowane przez organy podatkowe i uznane za nieprawidłowe – bowiem lider jako konkretny płatnik podatku nie ma prawa korzystać ze zwolnień od podatku w ramach swojej działalności.

Innymi słowy – każdy podmiot gospodarczy może świadczyć usługi i pobierać za nie wynagrodzenie

w ramach przedmiotu swojej działalności i posiadanych uprawnień. Niedopuszczalne jest pobieranie wynagrodzenia, a tym bardziej wystawienia faktur za usługi, co do których dany podmiot nie posiada odpowiednich licencji, pozwoleń czy też przywilejów podatkowych w postaci np. zwolnienia z podatku lub obniżonej stawki podatku.

Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie w dniu 8.07.2013 r. IPPP1/443-377/13-3/AS wydał opinię w sprawie „rozliczenia konsorcjum - podział przychodów i kosztów”, w której napisano: „Zawarcie umowy o wspólne przedsięwzięcie gospodarcze - umowy konsorcjum - nie ma na celu powstania nowego swoistego podmiotu gospodarczego, lecz stanowi porozumienie stron w zakresie realizacji wspólnego celu gospodarczego. Odnosnie

rozliczenia podatku VAT przez uczestników konsorcjum, stwierdzić należy iż zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy, podatnikami są osoby prawne, jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej oraz osoby fizyczne, wykonujące samodzielnie działalność gospodarczą, o której mowa w ust. 2, bez względu na cel lub rezultat takiej działalności. Oznacza to, że z punktu widzenia VAT każdy z członków konsorcjum jest odrębnym podatnikiem. Podatnikiem nie jest i nie może być natomiast samo konsorcjum. Dlatego też podmioty działające w ramach konsorcjum powinny do wzajemnych rozliczeń oraz do rozliczeń z podmiotem, na rzecz którego konsorcjum świadczy usługę stosować ogólne zasady w zakresie wystawiania faktur VAT dokumentujących wykonywane przez nich czynności.”

Zawarcie umowy konsorcjum nie prowadzi do powstania nowego bytu prawnego. W szczególności konsorcjum nie posiada zdolności prawnej lub zdolności do czynności prawnych – w zdolność tą wyposażone są natomiast podmioty tworzące konsorcjum (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 4 marca 2016 r., sygn. akt. VI ACa 83/16). Powyższe dotyczy również konsorcjum tworzonego w celu zawarcia i realizacji umowy o zamówienie publiczne, zgodnie bowiem z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 17 grudnia 2014 r., sygn. akt: I ACa 1308/14: Brzmienie przepisu art. 23 ust. 3 Pzp przesądza jednoznacznie, iż konsorcjum na gruncie tej ustawy nie posiada podmiotowości prawnej, co oznacza, że nie jest odrębnym podmiotem (wykonawcą), a raczej „sumą pojedynczych wykonawców”.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 28 maja 2015 r., sygn. akt: I ACa 29/15: Konsorcjum jest stosunkiem obligacyjnym kreowanym umową, w wyniku której powstaje stosunek prawny konsorcjum, w którym każda z jego stron (konsorcjant) zobowiązuje się do określonego uczestnictwa w konsorcjum i do oznaczonego działania na jego rzecz, a tym samym na rzecz pozostałych konsorcjantów dla osiągnięcia celu, dla którego umowa została zawarta. Konsorcjanci zobowiązują się do działań i świadczeń zmierzających do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przyjętego przez konsorcjum, zobowiązując się do wspólnego działania. „Wspólność” celu gospodarczego jest podstawowym atrybutem konsorcjum. Umowa konsorcjum nie jest uregulowana w kc, jest zatem zaliczana do umów nienazwanych kreowanych treścią umowy w ramach swobody kształtowania stosunku zobowiązaniowego przewidzianej w art. 3531 kc i traktowana jako umowa, do której stosuje się odpowiednio przepisy art. 860–875 kc.

Umowa konsorcjum winna wskazywać podmiot uprawniony do reprezentowania konsorcjum na zewnątrz i podejmowania czynności w imieniu pozostałych jego członków (tzw. lider konsorcjum).

W myśl art. 141 Pzp: Wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania. Solidarna odpowiedzialność podmiotów tworzących konsorcjum oznacza, że zamawiający może żądać wykonania umowy o zamówienie publiczne od wszystkich członków konsorcjum, kilku spośród nich lub każdego z osobna, zaspokojenie roszczenia zamawiającego przez jednego z konsorcjantów zwalnia zaś pozostałych. Nie jest możliwe wyłączenie solidarnej odpowiedzialności konsorcjum wykonawców względem zamawiającego w drodze umowy, natomiast wzajemny podział zadań przyjęty w umowie konsorcjum wywołuje wyłącznie skutki wewnętrzne pomiędzy jego członkami.

Z powyższego wynika, że istota umowy konsorcjum nie uzasadnia tego, by Zamawiający mógł przyjmować faktury tylko od jednego pomiotu wchodzącego w skład konsorcjum.

Zgodnie z zasadą – Konsorcjum ponosi odpowiedzialność solidarną wobec Zamawiającego, a Zamawiający zobowiązany jest do zapłaty wynagrodzenia za wykonaną usługę lub dostawę każdemu z członków konsorcjum wg ustalonego w umowie wynagrodzenia. Jest zatem w pełni uzasadnione i konieczne ze względu na przepisy prawa podatkowego, aby wynagrodzenie należne Wykonawcy, będącemu konsorcjum firm, było płatne zgodnie z fakturami VAT, wystawionymi przez każdego z członków konsorcjum realizujących usługę na kwoty, które w sumie stanowią wysokość miesięcznego wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.

35. Pytanie: Czy Zamawiający dopuszcza, aby podczas realizacji zamówienia pracę wykonywały osoby posiadające stopień niepełnosprawności, – jeśli tak, to, o jakim stopniu niepełnosprawności tj.

Charakterystyka schorzeń do poszczególnych stopni niepełnosprawności – źródło: Instytutu Prawa Pacjenta i Edukacji Zdrowotnej.

Do znacznego stopnia niepełnosprawności zalicza się osobę z naruszoną sprawnością organizmu, niezdolną do pracy albo zdolną do pracy jedynie w warunkach pracy chronionej i wymagającą, w celu pełnienia ról społecznych, stałej lub długotrwałej opieki i pomocy innych osób w związku z niezdolnością do samodzielnej egzystencji.

Do umiarkowanego stopnia niepełnosprawności zalicza się osobę z naruszoną sprawnością organizmu, niezdolną do pracy albo zdolną do pracy jedynie w warunkach pracy chronionej lub wymagającą czasowej albo częściowej pomocy innych osób w celu pełnienia ról społecznych.

Do lekkiego stopnia niepełnosprawności zalicza się osobę o naruszonej sprawności organizmu, powodującej w sposób istotny obniżenie zdolności do wykonywania pracy, w porównaniu do zdolności, jaką wykazuje osoba o podobnych kwalifikacjach zawodowych z pełną sprawnością psychiczną i fizyczną, lub mająca ograniczenia w pełnieniu ról społecznych dające się kompensować przy pomocy wyposażenia w przedmioty ortopedyczne, środki pomocnicze lub środki techniczne.

Niezdolność do samodzielnej egzystencji oznacza naruszenie sprawności organizmu w stopniu uniemożliwiającym zaspokajanie bez pomocy innych osób podstawowych potrzeb życiowych, za które uważa się przede wszystkim samoobsługę, poruszanie się i komunikację.

Schorzenia specjalne (uprawniające do podwyższonego dofinansowania:

01 U – upośledzenie umysłowe

02 P – choroby psychiczne

06 E – epilepsja

12 C – całościowe zaburzenia rozwojowe np. autyzm

Odpowiedź: Zamawiający na powyższe pytanie udzielił odpowiedzi w dniu 8 kwietnia 2020r., - pytanie nr 11.

Uzyskanie licencji kwalifikowanego pracownika ochrony wymaga, zgodnie z art. 33 ustawy o ochronie osób i mienia, oświadczenia, że dana osoba nie jest osobą niepełnosprawną. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (załącznik nr 3 do ogłoszenia) Zamawiający wymaga zatrudnienia kwalifikowanych pracowników ochrony, dlatego mając na względzie przepisy prawa Zamawiający nie wyraża zgody aby niniejszą usługę wykonywały osoby niepełnosprawne.

Należy jednak zauważyć, iż Zamawiający dopuszcza by pracownicy obsługujący szatnie (ul. Wały Jagiellońskie 4, ul. Toruńska 64a) nie posiadali wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony pod warunkiem, że nie będą oni zastępować innych pracowników na pozostałych posterunkach.

36. Pytanie: Proszę o informację czy Zamawiający dopuszcza zatrudnienie pracowników wykonujących swoje czynności na podstawie umowy o pracę powyżej pełnego etatu na umowy cywilno prawne? Jeśli Zamawiający dopuści możliwość zatrudnienia powyżej pełnego etatu pracowników pracujących na podstawie umowy cywilnoprawnej proszę o wyjaśnienie, w jaki sposób wykonawca, ma uwzględnić w cenie ofertowej wszystkie koszty wykonania zamówienia, jeżeli nie jest znana i na dzień składania ofert nadal nie będzie znana wysokość oraz mechanizm ozusowania umów cywilnoprawnych, który ma obowiązywać od 2020 r; a SIWZ, w tym w szczególności umowa, nie zawiera klauzuli waloryzacyjnej, dotyczącej ww. zagadnienia.

Jednocześnie wskazuje, że zgodnie z powszechnie dostępnymi informacjami, od początku 2019 r. trwają prace, których celem jest pełne oskładkowanie umów cywilnoprawnych tj. umów zlecenia i umów o dzieło. Koncepcja ta została ujęta w Wieloletnim Planie Finansowym na lata 2019 – 2020 pod hasłem "ograniczenie unikania płacenia składek na ubezpieczenie emerytalne i rentowe", gdzie wskazano, że celem na rok 2020 jest "*poszerzenie bazy przychodów z umów śmieciowych, od których płacone są składki na ubezpieczenia społeczne*". Osiągnięcie ww. celu ma być zrealizowane poprzez wprowadzenie mechanizmu opłacania składek od całości umowy, a nie tylko do wysokości minimalnego wynagrodzenia. Aktualnie, od umów o dzieło opłaca się jedynie podatek dochodowy, a nie składki na ubezpieczenia społeczne. Ubezpieczenie zdrowotne jest w tym wypadku dobrowolne.

W przypadku umowy zlecenia dopuszczalnych jest kilka rozwiązań. Tytułem przykładu wskazuję, że obecnie, w przypadku osoby zatrudnionej na kilku umowach zlecenia, składki są płatne tylko do osiągnięcia kwoty minimalnego wynagrodzenia z umów. Powyżej tej kwoty, ubezpieczenie społeczne nie jest już obligatoryjne, lecz dobrowolne. Jeśli wartość pierwszej umowy zlecenia jest mniejsza od minimalnego wynagrodzenia, to drugą umowę zlecenia należy również objąć składkami.

Po zmianie prawa, każda w umów zlecenia, niezależnie od jej wartości, zostawanie objęta obowiązkiem odprowadzenia składek na ubezpieczenie społeczne. Mechanizm, sposób wyliczenia i wysokość ww. składek nie jest jednak dotychczas znany.

Reasumując - przy aktualnej treści SIWZ - wykonawca nie ma możliwości ujęcia w cenie ofertowej wszystkich kosztów realizacji zamówienia z uwagi brak wytycznych, co do planowanych zmian prawa w zakresie zasad wyliczenia składek na ubezpieczenia społeczne od umów cywilnoprawnych. Koszty te - mimo jasnej rządowej deklaracji, co do planowanych i procedowanych zmian - nie mogą być kalkulowane lub nawet szacowane przez przedsiębiorców, gdyż brak jest podstawowych wskaźników lub mechanizmów, umożliwiających ich wyliczenie. Tym samym, pomimo wiedzy przedsiębiorców

o planowanych zmianach – nie ma ani prawnej, ani ekonomicznej możliwości uwzględnienia w cenie ofertowej ww. ryzyka na racjonalnym poziomie.

Z uwagi na to, uprzejmie proszę o dodanie do projektu umowy postanowień aktualizacyjnych, zabezpieczających zarówno Zamawiającego, jak i wykonawcę przez skutkami wspomnianych zmian. Pozostawienie SIWZ i projektu umowy w dotychczasowej treści, naraża Zamawiającego na uzyskanie ofert nierealnych i nieodpowiadających swą wartością warunkom rynkowym. Zakupiona przez Zamawiającego usługa może wówczas okazać się świadczeniem o nieodpowiedniej jakości, a złożone oferty - ofertami z rażąco niskimi cenami lub odwrotnie – z ofertami o zawyżonych cenach. Wprowadzenie klauzul aktualizacyjnych przywróci uzasadnioną równowagę stron umowy oraz usunie ryzyko porzucenia kontraktu przez wykonawcę z powodu straty kontraktowej.

Wskazać należy, że wielkość ozusowania stanowi istotną pozycję w kosztach zatrudnienia, a zatem obowiązek dodatkowego finansowania ww. składek w miejscach, które dotychczas były wolne od tego obciążania, będzie skutkował nierentownością kontraktu. Tym samym zawarte kontrakty ulegną tzw. „dewaluacji”, a świadczenia stron staną się nieadekwatne i nieopłacalne dla wykonawcy. W takich okolicznościach, brak klauzul waloryzacyjnych, ustanowiony wyłącznie w celu ochrony własnych interesów ekonomicznych Zamawiającego, należy postrzegać jako nadużycie prawa.

Jednocześnie podkreślenia wymaga fakt, że niemal identyczne okoliczności były przyczyną dodania do ustawy Prawo zamówień publicznych art. 142 ust. 5. W uzasadnieniu przywołanej zmiany, wskazywano wówczas: *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.*

Zauważyć należy, że ani ustawa Prawo zamówień publicznych, ani przepisy dotyczące wydatkowania środków publicznych lub dyscypliny finansów publicznych, ani też inne przepisy prawa, nie zawierają zakazu formułowania w treści SIWZ klauzul waloryzacyjnych, dopuszczających aktualizację wynagrodzenia w przypadku umów nieprzekraczających 12 miesięcy lub zaistnienia innych okoliczności niż wskazane w art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2014 r. (sygn. akt: II CSK 773/13) zastosowanie klauzul adaptacyjnych należy uznać za dopuszczalne pod warunkiem, że informacja o tym będzie zawarta w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszeniu o przetargu oraz zastosowanie mechanizmu z art. 358¹ § 2 k.c. nie ma na celu jakiegokolwiek modyfikacji warunków uzgodnionej umowy, lecz prowadzi ex lege do realizacji woli stron z chwili zawarcia umowy w razie zajścia, po zawarciu umowy, przewidzianych okoliczności mających wpływ na zmianę wartości świadczeń stron, a tym samym zaburzających ich równowagę ekonomiczną ustaloną w chwili zawarcia umowy. Zatem skutkiem zastosowania tego mechanizmu jest przywrócenie pierwotnej równowagi ekonomicznej świadczeń stron i tym samym zapobieżenie pokrzywdzeniu jednej ze stron stosunku umownego, która ze względu na określone okoliczności, które zaszły po zawarciu umowy, których zaistnienia z całą pewnością strony nie mogły przewidzieć w chwili zawarcia umowy, musiałaby otrzymać względnie spełnić świadczenie odpowiednio o mniejszej albo większej wartości ekonomicznej. Nie koliduje to z celami ustawy Prawo zamówień publicznych, do których nie należy ochrona podmiotów publicznych podlegającym tej ustawie realizowana kosztem ich kontrahentów. Ponieważ klauzula waloryzacyjna nie prowadzi do zmiany, lecz jedynie realizacji woli stron z chwili zawarcia umowy, z powodu przewidzianych pierwotnie przyczyn i według ustalonych wówczas zasad, to z tych względów nie można jej uznać za naruszającą art. 144 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki tej zmiany.

Wobec powyższego, działając również w interesie Zamawiającego, którym to interesem jest uzyskanie prawidłowo skalkulowanych i adekwatnych do wartości świadczenia ofert oraz zabezpieczenie płynnej realizacji usług, uprzejmie proszę o dodanie w treści umowy klauzuli adaptacyjnej, umożliwiającej zmianę wynagrodzenia wykonawcy w przypadku zmiany prawa w zakresie ozusowania umów cywilnoprawnych tj.:

Strony postanawiają, że w przypadku zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, Strony dokonają zmiany wynagrodzenia umownego w formie pisemnego aneksu.

W przypadku zmiany, o której mowa powyżej, wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość dodatkowego kosztu Wykonawcy, jaką będzie on zobowiązany ponieść w celu uwzględnienia tej zmiany, przy zachowaniu dotychczasowej kwoty netto wynagrodzenia osób bezpośrednio wykonujących zamówienie na rzecz Zamawiającego.

Zmiana wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian, o których mowa powyżej.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.

37. Pytanie: Proszę o potwierdzenie, że Zamawiający dopuszcza udział podwykonawców w realizacji przedmiotu zamówienia zarówno w części kluczowej (usługa ochrony) jak i w zakresie podjazdów grupy, monitorowania.

Odpowiedz: Zamawiający nie zastrzegł wykonania kluczowych części zamówienia, jak również w zakresie podjazdów grupy interwencyjnej i systemów monitorowania przez Wykonawcę. Wykonawca zobowiązany jest w zakresie podwykonawstwa wypełnić pkt. 9 formularza ofertowego.

38. Pytanie: Wnoszę o wykreślenie wymogu dotyczącego przedłożenia zaświadczenia o niekaralności z Krajowego Rejestru Karnego i zastąpienie zaświadczenia dokumentem w postaci oświadczenia złożonego przez Wykonawcę o niekaralności. GIODO w dniu 15.02.2013 r. zajęło negatywne stanowisko w sprawie żądania informacji z KRK, które powinno być przestrzegane przez instytucje Zamawiających. Zaznaczam, iż wewnętrzne zarządzenia Zamawiającego nie mogą uchylać ustawy, stad wnioskuję o uznanie wyłącznie oświadczeń o niekaralności pracowników złożonych przez Wykonawcę.

Zauważyć również należy, że art. 10 RODO określa zasady przetwarzania danych osobowych o wyrokach skazujących, czynach niedozwolonych lub powiązanych środkach bezpieczeństwa. Pracodawca nie może więc, nawet za zgodą kandydata do pracy lub pracownika, przetwarzać jego danych osobowych o wyrokach skazujących, czynach niedozwolonych lub powiązanych środkach bezpieczeństwa. Informacja, iż dana osoba nie widnieje w Krajowym Rejestrze Karnym, jest również informacją zawierającą dane określone w art. 10 RODO. Zatem każde zaświadczenie o niekaralności, które będzie zawierało informacje o wyrokach skazujących, czy też informację o tym, że dana osoba nie była skazana, będzie informacją dotyczącą wyroków skazujących i czynów zabronionych w rozumieniu RODO.

Przetwarzanie danych dotyczących wyroków skazujących i naruszeń prawa jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy jest to niezbędne do wypełnienia obowiązku pracodawcy nałożonego przepisem prawa. Przetwarzanie danych o karalności pracownika jest więc dopuszczalne wyłącznie wówczas, jeżeli wymóg niekaralności pracownika wynika z przepisów powszechnie obowiązującego prawa. Powyższe oznacza, że żądanie od pracownika przedłożenia oświadczenia lub zaświadczenia o niekaralności nie jest dopuszczalne nawet za jego zgodą.

Wymóg niekaralności co prawda istnieje w stosunku do pracownika ochrony - zgodnie z art. 26 ust. 3 pkt. 5 oraz art. 31 ustawy o ochronie osób i mienia, lecz jednocześnie w ust. 6 ustawodawca wskazał, w jaki sposób kwalifikowany pracownik ochrony winien potwierdzać swoją niekaralność - tj. oświadczeniem własnym, złożonym pod rygorem odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań. Co do pracownika, nieposiadającego wpisu na liście kwalifikowanych pracowników ochrony - ustawodawca nie określił w ogóle sposobu potwierdzenia niekaralności.

Reasumując, należy uznać za niedopuszczalne żądanie przedłożenia przez pracowników ochrony na potwierdzenie ich niekaralności - zaświadczeń z Krajowego Rejestru Karnego.

Odpowiedź: Zamawiający modyfikuje treść ogłoszenia o zamówieniu w części XIII - Informacja o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w pkt 1 ust. b i nadaje mu brzmienie:
„b) oświadczenie o niekaralności pracowników złożonych przez Wykonawcę.”

Zmianie ulega również zapis pkt 5 w załączniku nr 3 do ogłoszenia w zakresie Istotnych wymagań wobec pracowników ochrony wykonawcy, i otrzymuje brzmienie:

„5. Wykonawca dostarczy Zamawiającemu po wyborze, a przed zawarciem umowy:

- kserokopie umów o pracę z pracownikami uwzględniające wymagania stawiane wykonawcy przez Zamawiającego (okres zatrudnienia na czas trwania umowy),
- oświadczenie o niekaralności pracowników złożonych przez Wykonawcę,
- oświadczenie pracownika o braku postępowań karnych toczących się przeciwko jego osobie.”

39. Pytanie: § 11 ust. 3 umowy – Wnosimy o wykreślenie lub zmianę w taki sposób aby wynikało z niego jednoznacznie w jakich przypadkach Zamawiający ma prawo nałożyć na Wykonawcę karę umowną. Obecne brzmienie umowy pozwala Zamawiającemu na nałożenie bardzo wysokiej kary umownej za każde nawet najmniej istotne naruszenie umowy.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody i pozostawia zapis w dotychczasowym brzmieniu.

40. Pytanie: § 11 ust. 9 umowy – Wnosimy o dopisanie: „gdy powstały one z wyłącznie udowodnionej winy pracowników Wykonawcy. Zamawiający zobowiązany jest złożyć odpowiednie dokumenty w formie pisemnej”.

Odpowiedź: Zamawiający modyfikuje treść wzoru umowy (załącznik nr 6 ogłoszenia) w § 11 pkt 9 i nadaje mu następujące brzmienie:

„9. Za szkody powstałe w majątku Zamawiającego w trakcie wykonywania niniejszej umowy, gdy powstały one wyłącznie z udowodnionej winy pracowników Wykonawcy. Zamawiający zobowiązany jest złożyć odpowiednie dokumenty w formie pisemnej, które zostały potwierdzone odpowiednim protokołem stwierdzenia wystąpienia szkody sporządzonym przez Kierownika w obecności przedstawiciela Wykonawcy, odpowiedzialność ponosi Wykonawca, w zakresie faktycznie wyrządzonej szkody niezależnie od kary umownej przewidzianej w § 8 umowy. Szkada ta, winna być wyrównana w terminie 14 dni od daty wspólnego ustalenia wysokości odszkodowania. W przypadku braku porozumienia, co do wysokości należnego Zamawiającemu odszkodowania za wiążącą, przyjmuje się wysokość szkody opisaną w protokole stwierdzenia wystąpienia szkody.”

41. Pytanie: § 14 ust. 2 lit h umowy – Wnosimy o wykreślenie zapisu jako rażąco niekorzystnego dla Wykonawcy.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody i pozostawia zapis w dotychczasowym brzmieniu.

42. Pytanie: § 17 ust. 4 umowy – Wnosimy o wykreślenie lub zmianę – tak aby dokładnie określić w jakich przypadkach strony mają prawo do rozwiązania umowy bez okresu wypowiedzenia.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody i pozostawia zapis w dotychczasowym brzmieniu.

43. Pytanie: Prosimy o potwierdzenie, że Grupa Interwencyjna przewidziana do realizacji zamówienia ma być zgodna z zapisami w rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 21 października 2011 r. w sprawie zasad uzbrojenia specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych i warunków przechowywania oraz ewidencjonowania broni i amunicji.

Odpowiedź: Zamawiający potwierdza, iż ma być to Grupa Interwencyjna zgodna z zapisami w rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 21 października 2011 r. w sprawie zasad uzbrojenia specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych i warunków przechowywania oraz ewidencjonowania broni i amunicji.

44. Pytanie: Zamawiający zgodnie z rozdziałem III pkt 5 wymaga aby pracownicy wyznaczeni do obsługi prześwietlarki bagażu posiadali certyfikat w zakresie szkolenia z bezpieczeństwa jądowego i ochrony radiologicznej przy obsłudze prześwietlarki rentgenowskiej do bagażu. Proszę o informację czy dostawca urządzeń zamontowanych u Zamawiającego realizuje wymagane szkolenia dla pracowników? Proszę również o informacje w jakim terminie należy wykazać się w/w certyfikatami, przed rozpoczęciem realizacji umowy ? Czy też Zamawiający dopuszcza inny termin.

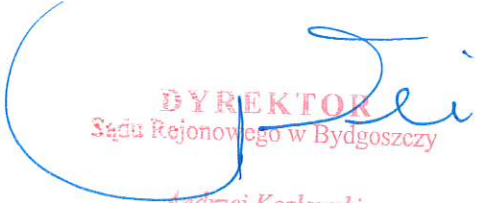
Odpowiedź: Certyfikatami należy wykazać się przed realizacją usługi. Wykonawca po wyborze, a przed zawarciem umowy ma czas na przeszkolenie pracowników.

45. Pytanie: Zamawiający w opz zał 3 wymaga od Wykonawcy: uniemożliwienie wejścia na teren sądu osobom nietrzeźwym albo będących pod wpływem działania środków odurzających itp. Proszę o informację na jakiej podstawie i przy użyciu jakich środków pracownicy Wykonawcy mają rozpoznawać w/w osoby ? Uprawnienia do badania osób na zawartość alkoholu i środków odurzających w organizmie posiada jedynie policja.

Odpowiedź: Na podstawie oceny zachowania i stwierdzenia podejrzenia.

46. Pytanie: W załączniku nr 3a do ogłoszenia Zamawiający informuje o ilości osób wyznaczonej do realizacji posterunku nr 1 (trzyosobowy) natomiast w kolumnie godziny pełnienia dyżuru podaje (2 osoby w godzinach 7:00-16:00 wt-pt od 7:00-18:00 poniedziałek. Poproszę zatem o doprecyzowanie informacji w jakiej obsadzie posterunek ma być realizowany ?

Odpowiedź: Zamawiający na powyższe pytanie udzielił odpowiedzi w dniu 8 kwietnia 2020 r., - pytanie nr 25


DYREKTOR
Sądu Rejonowego w Bydgoszczy
Andrzej Kozłowski

