



Do Wykonawców

Dot.: Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na **konserwację i przeglądy okresowe systemów pożarowych.**

Nr postępowania ZP/WIBHiŚ/01/2023.

Zamawiający – Politechnika Warszawska Wydział Instalacji Budowlanych Hydrotechniki i Inżynierii Środowiska, zgodnie z art. 284 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), zwanej dalej Pzp, udziela odpowiedzi na pytania zadane przez Wykonawców:

Pytanie 1:

Zamawiający w projekcie umowy w § 10 ust. 13 wskazał, że Zmiana wynagrodzenia należnego Wykonawcy, o którym mowa w ust. 1, może nastąpić nie wcześniej niż z dniem wejścia w życie przepisów, stanowiących podstawę do wystąpienia z wnioskiem o zmianę i nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od daty rozpoczęcia realizacji zamówienia Wykonawca stwierdza, iż przepis art. 436 pkt 4 b) ustawy prawo zamówień publicznych ma charakter bezwzględnie obowiązujący (iuris cogentis), co oznacza, iż Zamawiający nie ma podstaw prawnych, aby w projekcie umowy dokonywać jakichkolwiek skutecznych prawnie ograniczeń jego zastosowania, czyli w niniejszej sytuacji Zamawiający nie może ograniczać w żaden sposób poziomu waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy do własnych zasad i wprowadzać w treści umowy jednostronnie własnych terminów obowiązywania zmian (np. stałość ceny przez okres 12 miesięcy od zawarcia umowy itp.). W myśl przepisu art. 436 pkt 4 b) ustawy prawo zamówień publicznych Zamawiający nie jest uprawniony do decydowania o wysokości zmiany wynagrodzenia wykonawcy zamówienia publicznego w przypadku zaistnienia przesłanek waloryzacyjnych tj. zmiany stawki podatku od towarów i usług, 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, zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne oraz zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych. Wskazać należy, że wymienione w art. 436 pkt 4 b) ustawy prawo zamówień publicznych przesłanki waloryzacyjne są również regulowane przez odpowiednie akty prawne o charakterze bezwzględnie obowiązującym. Oznacza to, że wykonawcy nie mają żadnego wpływu na ich wysokość i muszą je uwzględniać również przy kalkulowaniu ceny oferty. Dokonywanie w tym zakresie zmian przez ustawodawcę może zatem wpłynąć na koszt wykonania zamówienia przez wykonawcę. Celem wskazanego przepisu jest możliwość uniknięcia przez wykonawcę negatywnych dla niego skutków zmian legislacyjnych. W rezultacie wynagrodzenie Wykonawcy winno zostać odpowiednio zmienione i winno obowiązywać do dnia wejścia w życie przepisów wprowadzających te zmiany. Zmiana powinna być „adekwatna”, wynikająca wprost z zaistniałej zmiany przepisów prawa. Kwota, o jaką zmienione zostanie wynagrodzenie, nie powinna być ani niższa, ani wyższa niż to wynika ze zmiany przepisów prawa (por. nadal aktualna teza z wyroku KIO sygn. akt 346/15 z dnia 09 marca 2015r.). Wykonawca zaś obowiązany jest do wykazania w stosownej kalkulacji zawartej we wniosku waloryzacyjnym wpływu zmiany wskazanych regulacji na koszty wykonania zamówienia.

Wnosimy zatem o zmianę postanowienia § 10 ust. 13 umowy - według następującego brzmienia:

1. Strony mogą dokonać zmiany wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, o którym mowa w § 3 Umowy, w formie pisemnego aneksu, każdorazowo w przypadku, gdy:

- a) zmianie ulegnie stawka podatku od towarów i usług,
- b) nastąpi zmiana 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) nastąpi zmiana zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne - na zasadach i w sposób określony w ust. 2-12, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania Umowy przez Wykonawcę.

d) nastąpi zmiana zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018r. o pracowniczych planach kapitałowych- Wykonawca przedkłada Zamawiającemu wykaz personelu, który realizuje przedmiot umowy i dla którego ma zastosowanie zmiana wraz z kalkulacją kosztów wynikających z przedmiotowej zmiany."

Odpowiedź:

Zamawiający zmienia treść §10 ust. 13 projektowanych postanowień umowy na następującą:

„13. Zmiana wynagrodzenia należnego Wykonawcy, o którym mowa w ust. 1, może nastąpić nie wcześniej niż z dniem wejścia w życie przepisów, stanowiących podstawę do wystąpienia z wnioskiem o zmianę”.

Pytanie 2:

Mając na uwadze treść wzoru umowy wnoszę o zmianę o 50% wysokości kar umownych. W doktrynie prawa zamówień publicznych oraz w aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych dominuje pogląd, że ustanawianie przez zamawiającego w umowie rażąco wysokich kar umownych uznać należy bezwzględnie za naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 16 ustawy PZP z dnia 11.09.2019 roku (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129.), które może być uzasadnioną podstawą do żądania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 255 ust. 6 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 Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 lipca 2015 r. sygn. akt: KIO/1519/15. 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 współżycia społecznego i skutkować winno bezwzględną nieważnością czynności prawnej na podstawie przepisu art. 3531 k.c. w związku z art. 58 § 1 k.c. Należy mieć również na względzie stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z 29 listopada 2013 roku Sygn. akt I CSK 124/13, dotyczącego przesłanek miarkowania kar umownych jako rażąco wygórowanych. W uzasadnieniu wyroku Sąd wskazał, iż „kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody. Celem miarkowania kary umownej jest natomiast ochrona równowagi interesów stron i zapobieżenie nadmiernemu obciążeniu dłużnika oraz niesłusznemu wzbogaceniu wierzyciela”.

Odpowiedź:

Zamawiający zmienia treść §6 ust. 1 lit d projektowanych postanowień umowy na następującą:

„d) w razie innego niż określone w lit. a), b), c) niniejszego ustępu nienależytego wykonania umowy przez Wykonawcę z powodu okoliczności, za które odpowiada Wykonawca – w wysokości 2% wartości brutto umowy określonej w § 3 ust. 1 za każde stwierdzone naruszenie”.

Pytanie 3:

Uprzejmie proszę o informację, czy Zamawiający akceptuje wystawienie przez wykonawcę ustrukturyzowanych faktur korygujących oraz innych ustrukturyzowanych dokumentów elektronicznych, dotyczących wykonania umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne oraz przesłanie tychże dokumentów za pośrednictwem Platformy Elektronicznego Fakturowania <https://www.brokerinfinite.efaktura.gov.pl/?> Podkreślam przy tym, że pytanie nie dotyczy zgody na wystawianie ustrukturyzowanych faktur elektronicznych, gdyż takowe Zamawiający jest zobowiązany odbierać od wykonawcy na podstawie art. 4.1 ustawy z dnia 9 listopada 2018 r. o elektronicznym fakturowaniu w zamówieniach publicznych... (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1666), lecz zgody na wystawianie ustrukturyzowanych faktur korygujących oraz innych ustrukturyzowanych dokumentów elektronicznych. Fakturowanie oraz wystawienie innych dokumentów w ustrukturyzowanej formie elektronicznej jest zgodne z przepisami podatkowymi, wynikającymi z ustawy o podatku od towarów i usług (VAT) oraz jest powszechnie stosowane pomiędzy Zamawiającymi a wykonawcami. Taki sposób przekazywania

dokumentów ułatwia wzajemną komunikację oraz eliminuje szereg błędów, występujących w procesie tradycyjnego fakturowania. Jest on też rekomendowany, jako docelowy sposób obiegu dokumentów księgowych przez Ministerstwo Rozwoju, Pracy i Technologii (<https://www.gov.pl/web/rozwoj-praca-technologie/e-fakturowanie-w-zamowieniach-publicznych>). Ponadto, w dobie epidemii COVID-19, taki sposób przekazywania dokumentów rozliczeniowych jest jedną ze skutecznych metod w powstrzymaniu rozprzestrzeniania się wirusa oraz gwarantuje utrzymanie ciągłości procesów księgowych i podatkowych. Jednocześnie proszę o podanie konta Zamawiającego znajdującego się na Platformie Elektronicznego Fakturowania, umożliwiającemu przesłanie ustrukturyzowanych dokumentów.

Odpowiedź:

Zamawiający przewiduje możliwość otrzymywania ustrukturyzowanych faktur elektronicznych – spełniających wymagania umożliwiające przesyłanie za pośrednictwem Platformy Elektronicznego Fakturowania (PEF) faktury elektronicznej, o której mowa w art. 2 pkt 23 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług.

Przed podpisaniem umowy do projektowanych postanowień umownych zostaną wprowadzone odpowiednie zapisy wraz z nr konta Zamawiającego na PFE.

Powyższe wyjaśnienia i zmiany stanowią integralną część treści SWZ.

Dziekan
Wydziału Instalacji Budowlanych
Hydrotechniki i Inżynierii Środowiska
dr hab. inż. Paweł Popielski, prof. uczelni