

## Pytanie:

Działając na podstawie art. 38 ust 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych, wnoszę o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez dookreślenie zasad realizacji przez Zamawiającego obowiązku wynikającego z art. 142 ust 5. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w treści obowiązującej po dniu 19 października 2014 r. tj. w treści, którą stosuje się do przedmiotowego postępowania nakazują, aby „umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany:

- 1) stawki podatku od towarów i usług;
- 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3- 5 ustawy z dnia 10 października 2001 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 wykonywania zamówienia przez wykonawcę.” (art. 142 ust. 5).

Uzasadnieniem ratio legis – zgodnie z wolą ustawodawcy – przywołanego przepisu art. 142 ust 5 ustawy Prawo zamówień publicznych było m.in., że: „w praktyce zamawiających właściwie nieobecne było włączanie do wzorów umów tzw. klauzul waloryzacyjnych. 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 określanymi 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”.

Stąd wolą ustawodawcy stało się, aby w umowach zawartych w wyniku rozstrzygnięcia postępowań wszczętych po dniu 19.10.2014 r., Zamawiający określał kiedy i na jakich zasadach zwaloryzuje umowę, jeśli zajdzie jedna z przesłanek wskazanych w art. 142 ust 5 ustawy PZP. Pokreślić należy, iż nie chodzi o wpisywanie konkretnych kwot waloryzacji, nie znanych przecież także Zamawiającemu, ale określenie jasnych mechanizmów waloryzacji w razie wystąpienia którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 142 ust 5 PZP.

Od obowiązku wprowadzenie takich zapisów Zamawiający nie ma możliwości w żadnych przypadku odstąpić – ustawodawca nie przewidział takiego uprawnienia dla organizatora postępowania przetargowego. Brak takich zapisów stanowi kwalifikowaną wadę siwz, co może skutkować nawet nieważnością całego postępowania.

(zmiany ceny), wówczas oferty zostałyby skalkulowane w oparciu o ten czynnik cenotwórczy bez wpływu na wynik samego postępowania. Okoliczność ta pozostaje również bez wpływu na krąg podmiotów zainteresowanych danym zamówieniem.

Należy również podnieść, iż dokonanie zmiany ceny w związku ze zmianą stawki podatku VAT nie powoduje zaburzenia równowagi ekonomicznej umowy na korzyść wykonawcy (zob. teza 37 ww. wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06). Jakkolwiek zmiana wynagrodzenia (ceny) wywiera wpływ na sytuację zamawiającego, który nie jest podatnikiem podatku VAT, albowiem prowadzi to do zwiększenia obciążenia ekonomicznego zamawiającego w związku z wykonaniem zamówienia, to jednak powyższe nie prowadzi do przysporzenia wykonawcy dodatkowych korzyści w stosunku do pierwotnych warunków umowy. W tym zakresie następuje jedynie utrzymanie statusu quo wykonawcy. Z powyższych względów zmiana taka nie wywołuje również wpływu na warunki konkurencji istniejące w postępowaniu.

Wskazując na powyższe należy uznać, iż zmiana umowy polegająca na dokonaniu zmiany ceny (wynagrodzenia wykonawcy) w związku z podwyższeniem stawki podatku VAT (np. o 1%) nie zaburza równowagi ekonomicznej stron takiej umowy na korzyść wykonawcy i w konsekwencji nie stanowi zmiany istotnej w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy PZP.

#### **Wnosimy w takim razie o modyfikację i wprowadzenie zapisów.**

1. *Strony postanawiają, iż dokonają w formie pisemnego aneksu zmiany wynagrodzenia w wypadku wystąpienia którejkolwiek ze zmian przepisów wskazanych w art. 142 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, tj. zmiany:*
  - a. *stawki podatku od towarów i usług,*
  - b. *wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 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.*
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, z uwzględnieniem wszystkich obciążeń publicznoprawnych od kwoty wzrostu minimalnego wynagrodzenia.*
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. *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) i c).*

Mając na uwadze powyższe, wnoszę o wprowadzenie do siwz wymaganych w art. 142 ust 5 ustawy zapisów, precyzujących, iż wartość wynagrodzenia wykonawcy ulega zmianie z dniem zaistnienia (w szczególności w wyniku zmiany ustawy lub innego aktu prawnego) którejkolwiek ze zmian, o których mowa w art. 142 ust 5 ustawy PZP.

## 1. VAT

Art. 142 ust 5 pkt 1 ustawy PZP zobowiązuje Zamawiającego do określenia w siwz zasad waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w razie zmiany stawki podatku VAT. Jak pokazuje praktyka, zmiany w tym zakresie są sporadyczne, trudne do przewidzenia i wprowadzone z bardzo krótkim *vacatio legis*. Nie istnieją żadne z góry ustalone harmonogramy zmian stawek podatku VAT ani katalog przesłanek, które taki krok mogą uzasadniać. Zmiany w tym zakresie należą do suwerennych uprawnień rządu, który wnieskuje do ustawodawcy o przeprowadzenie wnioskowanych zmian, najczęściej z ścisłym związkiem z potrzebami budżetu państwa.

Zmiany stawek podatku VAT dotyczą wszystkich wykonawców w równym stopniu i nie powodują zmiany kolejności ofert cenowych. Dodatkowo zgodnie z opinią UZP (<http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;1555>) „(...) należy stwierdzić, iż zmiana wynagrodzenia (ceny) z uwagi na zmianę stawki podatku VAT może być w określonych warunkach faktycznych uznana za zmianę nieistotną w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy PZP.”

W tym stanie faktycznym zasadne jest dostosowanie stawek podatku VAT określanych na fakturach wystawianych przez wykonawców do zapisów umownych, co zgodne jest z zasadą gospodarnego i celowego wydatkowania środków publicznych. Wnosimy zatem o potwierdzenie, iż na fakturach wystawianych przez wykonawcę w niniejszym postępowaniu, każdorazowo będzie uwzględniana będzie obowiązująca w momencie wystawienia faktury stawka podatku VAT.

Taki rozwiązanie gwarantuje Zamawiającemu, iż w momencie zmiany przepisów dotyczących VAT nie będą podlegały zmianą stawki netto.

Powyższe zmiany będzie dotyczyć sytuacji, gdy zmiana stawki podatku VAT jako zdarzenie zewnętrzne i niezależne od woli stron, nie była znana lub przewidywana przez strony w chwili składania ofert. Jakkolwiek strony mogą przewidywać samą prawną możliwość zmiany stawki podatku VAT, to jednak w sytuacji stabilizacji stawek tego podatku na przestrzeni kilku lat, nie muszą oczekiwać, iż zmiana taka nastąpi.

W sytuacji, gdy w chwili składania ofert zmiana stawki podatku VAT nie była znana lub planowana, wykonawcy kalkulują wysokość ceny oferty na tych samych warunkach, tj. z uwzględnieniem aktualnej stawki podatku VAT. Z tych względów późniejsza zmiana ceny wywołana zmianą stawki podatku VAT nie ma wpływu na warunki konkurencji panujące w takim postępowaniu, albowiem jak wskazano powyżej stawka podatku VAT stanowi jedynie czynnik cenotwórczy, który w jednakowym stopniu dotyczy wszystkich wykonawców. Tak więc gdyby w chwili składania ofert obowiązywała stawka podatku VAT – w wysokości – obowiązującej w chwili dokonania zmiany umowy

**Odpowiedź:**

Wzory umów stanowiące załączniki nr 10 i 11 do SIWZ zawierają w § 6 ust.6 i 7 zapisy dotyczące zmiany wynagrodzenia:

- 1) w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
- 2) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

Możliwość zmiany umowy w przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług została przewidziana w rozdziale IX ust.5 pkt 9 SIWZ.

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie do umowy zapisów zawartych w zapytaniu.

Natomiast Zamawiający na podstawie art.38 ust.4 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o wniesione pytanie i uwagi dokonuje następujących zmian we wzorach umów:

- 1) w § 6 ust.6 i 7 otrzymują brzmienie:  
„6. W przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art.2 ust.3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, stawka wynikowa określona w ust.2 pkt 4 zostanie zmieniona na uzasadniony wniosek Wykonawcy, w którym wykonawca wykaże, że zmiana ta będzie miała wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę. Stawka wynikowa zmieni się maksymalnie o wskaźnik zmiany minimalnego wynagrodzenia za pracę w stosunku do roku poprzedniego.  
7. W przypadku zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, stawka wynikowa określona w ust.2 pkt 4 zostanie zmieniona na uzasadniony wniosek Wykonawcy, w którym wykonawca wykaże, że zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę. Stawka wynikowa zmieni się maksymalnie o wskaźnik jaki, spowodują zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości składki na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne.”
- 2) w § 6, po ust.13 dodaje się ust.14 o treści:  
„14. W przypadku zmiany stawki podatku od towarów i usług, Wykonawca zastosuje stawkę aktualnie obowiązującą.”

Jednocześnie Zamawiający, w związku z wprowadzonymi zmianami, nie przedłuża terminu składania ofert.

Legnica, dnia 5 marca 2015 r.

**DYREKTOR**

*Janusz Hawryluk*