

Kraków, dnia 2 maja 2023 r.

Adm.VI.262/3/2023

### **Wyjaśnienia treści Specyfikacji Warunków Zamówienia**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne pn. „Całodobowa ochrona fizyczna osób i mienia w budynkach WSA w Krakowie”

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie (Zamawiający) udziela następujących wyjaśnień treści Specyfikacji Warunków Zamówienia:

#### **Pytanie nr 1:**

Prosimy o potwierdzenie, że za pomiary elektryczne w pomieszczeniach przekazanych do użytkowania Wykonawcy w toku realizacji przedmiotowej usługi odpowiada Zamawiający?

#### **Odpowiedź:**

Pytanie nie dotyczy treści specyfikacji warunków zamówienia.

#### **Pytanie nr 2:**

Uprzejmie proszę o informację, czy Zamawiający akceptuje wystawienie przez wykonawcę ustrukturyzowanych faktur korygujących oraz przesłanie tychże dokumentów za pośrednictwem Platformy Elektronicznego Fakturowania <https://www.brokerinfinite.efaktura.gov.pl/> ?

#### **Odpowiedź:**

Zgodnie z treścią § 10 ust. 10 Projektu umowy: Zamawiający oświadcza, że Wykonawca może przysyłać ustrukturyzowane faktury elektroniczne, o których mowa w art.2 pkt 4 ustawy z dnia 9 listopada 2018 r. o elektronicznym fakturowaniu w zamówieniach publicznych (Dz.U 2018.2191 – dalej: e.f.z.p.) tj. faktury spełniające wymagania umożliwiające przesyłanie za pośrednictwem platformy faktur elektronicznych, o których mowa w art. 2 pkt 32 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2018.2174 ze zm.)

#### **Pytanie nr 3:**

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. W doktrynie prawa zamówień publicznych oraz w aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej 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. 16 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, 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 obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stanowisko powyższe znajduje pełne potwierdzenie m.in. wyroku z dnia 23 sierpnia 2007 r. sygn. akt: UZP/ZO/0-1030/07. 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 współzycia społecznego i skutkować winno bezwzględną nieważnością czynności prawnej na podstawie przepisu art. 3531 k.c. w związku z art. 58 § 1 k.c.

#### **Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na wnioskowane modyfikacje ponieważ Wykonawca nie zwraca się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SWZ, tylko żąda zmiany jej treści.

#### **Pytanie nr 4:**

Prosimy o potwierdzenie że Zamawiający wyraża zgodę aby każda z firm wchodzących w skład konsorcjum, wykonująca usługę na rzecz Zamawiającego wystawiała Zamawiającemu odrębną fakturę VAT. Uzasadnienie: Na gruncie ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie wskazał, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność względem Zamawiającego za prawidłową realizację zamówienia. Zatem z punktu widzenia VAT każdy z członków konsorcjum jest odrębnym podatnikiem. Podatnikiem nie jest i nie może być natomiast samo konsorcjum. Mając na uwadze powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, że postanowienie SWZ, zgodnie z którym tylko jeden członek konsorcjum/wspólnik spółki cywilnej będzie miał prawo prowadzenia rozliczeń z Zamawiającym poprzez wystawienie faktur na rzecz Zamawiającego narusza art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353<sup>1</sup> kodeksu cywilnego. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej takie postanowienie stanowi niedozwoloną ingerencję Zamawiającego w kształt umowy konsorcjum, zaś z obowiązujących przepisów ustawy Pzp, jak również kodeksu cywilnego nie wynika uprawnienie Zamawiającego do tak szerokiego ingerowania w relacje kontraktowe członków konsorcjum. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej wystawianie faktur VAT przez lidera konsorcjum tylko w celu sprawniejszej organizacji rozliczeń z Zamawiającym nie stanowi przesłanki do narzucenia wykonawcom sposobu realizacji zamówienia. Żaden przepis VAT ani ustawy Pzp nie uprawnia lidera konsorcjum do wystawienia faktury VAT na rzecz Zamawiającego, w sytuacji gdy członkowie konsorcjum nie świadczyli na jego rzecz żadnych usług czy dostaw, ale bezpośrednio na rzecz Zamawiającego. Wystawianie faktur VAT przez lidera konsorcjum tylko w celu sprawniejszej organizacji rozliczeń z Zamawiającym nie znajduje oparcia w przepisach prawa. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że dopiero na etapie zawarcia umowy konsorcjum przez jego członków i podziale zadań składających się na realizację zamówienia możliwe jest określenie kto i w jakim zakresie świadczy usługi i w związku z tym podlega opodatkowaniu i jest uprawniony do wystawienia faktury VAT na rzecz Zamawiającego. Brak jest podstaw do przyjęcia a priori, że w relacjach z Zamawiającym tylko lider konsorcjum będzie miał status bezpośredniego wykonawcy i tylko on może wystawić Zamawiającemu fakturę VAT za realizację zamówienia. Niewątpliwie rozliczenie kompleksowe całego zamówienia w zakresie podatku od towarów i usług odbywa się na linii pomiędzy konsorcjum, a Zamawiającym. I to w tym stosunku prawnym dochodzi do świadczenia usług i dostaw towarów objętych podatkiem VAT. Należy podkreślić, że stroną umowy o realizację zamówienia publicznego nie jest wyłącznie lider konsorcjum, ale każdy jego członek. Wszyscy członkowie konsorcjum zobowiązują się solidarnie do wykonania zamówienia na rzecz Zamawiającego. Co oznacza,

że każdy członek konsorcjum ma prawo na zasadach ustalonych z innymi członkami, w tym liderem, do realizacji zamówienia tj. wykonaniu umowy, a zatem działaniu z mocy tej umowy i na zlecenie Zamawiającego, a nie z mocy umowy konsorcjum i na zlecenie lidera konsorcjum. Stąd też, w ocenie Izby, zakwestionowane postanowienie uznać należy za naruszające zasadę swobody kształtowania realizacji kontraktowych członków konsorcjum poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a w konsekwencję realizację zamówienia. Zamawiający bowiem poprzez narzucenie wykonawcom określonego sposobu rozliczenia za realizację zamówienia, ingeruje w stosunki umowne konsorcjantów poprzez próbę pośredniego kształtowania zasad wykonania zamówienia. Takie uprawnienie Zamawiającego nie jest uzasadnione ani charakterem zamówienia ani proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

**Odpowiedź:**

Zamawiający podtrzymuje dotychczasowe zapisy. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, iż nie ingeruje w sposób rozliczania się między Wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia (tzw. konsorcjantami), a jedynie wymaga wskazania jednego podmiotu do rozliczeń z Zamawiającym.

**Pytanie nr 5:**

Czy Zamawiający zwaloryzuje umowę od 01.01.2024 r. w związku ze zmianą minimalnego wynagrodzenia za prace i minimalnej stawki godzinowej, która zostanie dopiero ogłoszona we wrześniu br. z datą obowiązywania od 01.01.2024 r.?

**Odpowiedź:**

Zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, m.in. w przypadku wystąpienia zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, określone zostały w § 15 Projektu umowy.

**Pytanie nr 6:**

Czy w przypadku gdy do postępowania startuje konsorcjum firm, to czy referencje może dostarczyć jedynie lider konsorcjum, czy wymóg dotyczy wszystkich członków konsorcjum?

**Odpowiedź:**

W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie spełnienie warunku doświadczenia musi łącznie wykazać przynajmniej jeden Wykonawca.

Dyrektor  
Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego  
w Krakowie  
  
Danuta Powroźnik

