

Świnoujście, dnia 19.08.2021 r.

ODPOWIEDZI nr 3
w postępowaniu prowadzonym w trybie PRZETARGU NIEOGRANICZONEGO

W postępowaniu o zamówienie publiczne numer referencyjny **07/KPW/INFR/2021**, którego przedmiotem jest: **Usługa polegająca na sprzątnięciu pomieszczeń wewnętrznych budynków, zewnętrznych powierzchni utwardzonych oraz utrzymania terenów zielonych w jednostkach, instytucjach i obiektach wojskowych położonych w rejonie odpowiedzialności KPW Świnoujście.**

Komenda Portu Wojennego Świnoujście w dniu 09.08.2021 r. otrzymała zapytania i zgodnie z art. 135 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 – Pzp (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) udzieliła odpowiedzi:

W związku z zamiarem przystąpienia do w/w przetargu, prosimy o udzielenie odpowiedzi na poniższe pytania dotyczące specyfikacji warunków zamówienia oraz projektu umowy

1. „W związku z faktem, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - na dzień składania ofert - nie zostały jeszcze opublikowane przepisy, dotyczące wysokości stawek minimalnego wynagrodzenia za pracę, które będą obowiązywać od dnia 1 stycznia 2022r., Wykonawca zwraca się do Zamawiającego o potwierdzenie, że zgodnie z postanowieniem § 19 ust. 3 pkt 6 lit. b) umowy Zamawiający dokona waloryzacji wynagrodzenia umownego Wykonawcy już od daty 1 stycznia 2022r.
2. Zwracamy się z wnioskiem o doprecyzowanie postanowienia § 19 ust. 3 pkt 6 lit. b) umowy w zdaniu trzecim w następującym lub równoważnym brzmieniu: „*Zmiana dotyczyć będzie tej części wynagrodzenia netto, która stanowi wynagrodzenie osób wykonujących przedmiot zamówienia, zatrudnionych w ramach umowy o pracę z wynagrodzeniem niższym, niż ustawowo zmienione wynagrodzenie minimalne*”.

W uzasadnieniu podkreślamy, że w związku ze wzrostem minimalnego wynagrodzenia o pracę Wykonawca ponosi koszty tego wzrostu i ma prawo wystąpić do Zamawiającego o waloryzację tych kosztów na gruncie przepisu art. 436 pkt 4 lit. b) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2019 z późn. zm.). W związku z tym, iż wzrost tych kosztów dla Wykonawcy jest wartością netto niezbędne jest doprecyzowanie w projekcie umowy klauzuli, że Strony zgodnie z postanowieniem § 19 ust. 3 pkt 6 lit. b) umowy jako wynagrodzenie podlegające waloryzacji traktują wartość netto wynagrodzenia umownego tj. wynagrodzenie umowne bez podatku VAT.

3. Wykonawca stwierdza, że w rozdziale IX SWZ Zamawiający wskazał, że nie określa żadnych warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub

zawodowej. Wykonawca podkreśla, że przepis art. 112 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2019 z późn. zm.) ma charakter bezwzględnie obowiązujący (*iuris cogentis*), zatem Zamawiający nie ma podstaw prawnych do odstąpienia w SWZ od opisu warunków udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na względzie Wykonawca wnosi o wprowadzenie w Rozdziale IX SWZ następującego warunku udziału w postępowaniu w proponowanym brzmieniu lub równoważnym:

„O udzielenie zamówienia ubiegać się mogą wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj. Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał lub wykonuje usługi, odpowiadające swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot niniejszego zamówienia oraz wykaże, iż usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie, tj. zrealizował lub realizuje w ww. okresie co najmniej 2 usługi polegające na sprzątnięciu powierzchni wewnętrznych budynków, zewnętrznych powierzchni utwardzonych oraz utrzymania terenów zielonych o wartości min. 500 000 zł brutto każda.”

4. Proszę o informację czy Zamawiający wyrazi zgodę na cokwartalne badanie jakości usługi w formie ankiety przedstawionej przez wykonawcę?
5. Prosimy o informację czy Zamawiający udostępni nieodpłatnie pomieszczenia dla Wykonawcy z własnych zasobów socjalnych, a w przypadku odpowiedzi negatywnej proszę o informacje czy Zamawiający wyrazi zgodę aby Wykonawca nieodpłatnie postawił na terenie jednostki kontenery na cały czas realizacji umowy. Prosimy po czyjej stronie Zamawiającego czy Wykonawcy jest koszt i wykonanie infrastruktury (doprowadzenie prądu i wody) do kontenerów socjalnych dla pracowników Wykonawcy.
6. Proszę o informację, czy wskazany przez zamawiającego wymóg zatrudnienia osób na umowę o pracę oznacza, że każda roboczogodzina pracy osób realizujących usługi sprzątnięcia pomieszczeń i terenów zewnętrznych musi być wypracowana w ramach umowy o pracę i Zamawiający nie dopuszcza w tym zakresie zawarcia z takimi osobami umów cywilnoprawnych?
7. 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.

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

Wykonawcy składają oferty jako konsorcjum firm. Zgodnie z art. 58 ust. 1 i art. 117 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2019 z późn. 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. Odnośnie 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. 445 ust. 1 Pzp: *Wykonawcy, o których mowa w art. 58 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 podmiotu 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.

9. 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 (Dz.U. 2019 poz. 2019 z późn. zm.), 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 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 współżycia społecznego i skutkować winno bezwzględną

nieważność czynności prawnej na podstawie przepisu art. 353¹ k.c. w związku z art. 58 § 1 k.c.”

Wyjaśnienia i odpowiedzi Zamawiającego:

Ad. 1

Waloryzacja w związku z ewentualnym podwyższeniem minimalnego wynagrodzenia może nastąpić nie wcześniej niż od dnia 01.01.2022 r., ale jednocześnie nie wcześniej niż po podpisaniu stosownego aneksu zwiększającego wartość umowy. Warunkiem podpisania aneksu jest zakończenie negocjacji w tej sprawie po uprzednim przedstawieniu wszelkich obiektywnych dokumentów mających wpływ na konieczność waloryzacji umowy. To po stronie Wykonawcy istnieje konieczność udowodnienia Zamawiającemu, że zwiększenie stawki minimalnego wynagrodzenia ma bezpośredni wpływ na większe koszty podczas realizacji umowy, które to Zamawiający winien pokryć. Jednocześnie Zamawiający informuje, iż zmiana najniższego wynagrodzenia, która spowoduje zmianę wartości umowy, nie może powodować generowania dodatkowego zysku dla Wykonawcy.

Ad. 2

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisu.

Ad. 3

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisu. Art. 112 ustawy Pzp nie jest bezwzględnie obowiązujący. To w gestii Zamawiającego pozostaje ustalenie warunków udziału w postępowaniu – w związku z art. 124 ust. 2) oraz art. 57 ust 2) ustawy Pzp.

Ad. 4

Zamawiający nie wyraża zgody na cokwartalne badanie jakości usług w formie ankiety.

Ad. 5

Informacja o udostępnieniu pomieszczenia dla Wykonawcy została ujęta w „Zmianie nr 1” zamieszczonej na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 06.08.2021 r. poprzez Platformę Zakupową.

Koszt i wykonanie infrastruktury (doprowadzenie prądu i wody) do kontenerów socjalnych dla pracowników Wykonawcy ponosi Wykonawca.

Powyższe zostanie wprowadzone do „Specyfikacji Technicznej” stanowiącej załącznik nr 3 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) jako „Zmiana Nr 2”.

Ad. 6

Zamawiający wymaga wyłącznie zatrudnienia przez Wykonawcę osób na umowę o pracę.

Ad. 7

Zamawiający nie wyraża zgody na wystawianie i przesyłanie ustrukturyzowanych faktur korygujących oraz nie wyraża zgody na wystawianie i przesyłanie innych ustrukturyzowanych dokumentów elektronicznych.

Ad. 8

Zamawiający nie wyraża zgody, aby każda z firm wchodząca w skład konsorcjum firm wystawiała dla Zamawiającego osobną fakturę VAT. Zamawiający prowadzi wiążące

rozmowy z liderem konsorcjum, z liderem zawiera umowę i ewentualne aneksy do umowy i od lidera konsorcjum oczekuje wystawienia jednej faktury.

Ad. 9

Zamawiający nie wyraża zgody na obniżenie wysokości kar umowych za nienależyte wykonanie usługi.

KOMENDANT

kmdr Marek BARTKOWSKI

Agnieszka Dalecka, tel. 261-24-23-23

17.08.2021 r.

Teczka 2712 B5

F:\07-KPW-INFR-2021 - sprzątanie\07-KPW-INFR-2021 - sprzątanie\odp_nr_3.doc