

NZ.261.8.2021

Wg rozdzielnika

Dotyczy: postępowania: Świadczenie usług całodobowej ochrony na „Parkingu Stare Podgórze”.
Sprawa znak: 1/II/2021, Identyfikator postępowania: 8ee8fd8c-bad4-4251-a2fb-04c78f753f6d

Zarząd Dróg Miasta Krakowa, zgodnie z art. 284 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych przekazuje treść pytań oraz udzielone odpowiedzi:

Pytanie 1:

Zamawiający w warunkach udziału w postępowaniu wymaga co najmniej jednej usługi o podobnym charakterze do przedmiotu zamówienia, obejmującej świadczenie usługi ochrony osób i mienia, o wartości nie mniejszej niż 125 000,00 zł brutto. Prosimy o informacje czy pod pojęciem „usługi o podobnym charakterze do przedmiotu zamówienia” Zamawiający rozumie usługi ochrony parkingów? Czy też Zamawiający dopuści referencje z innych obiektów?

Odpowiedź 1:

Pod pojęciem „usług o podobnym charakterze do przedmiotu zamówienia” Zamawiający rozumie również usługi ochrony innych obiektów niż parkingi. Zamawiający dopuszcza więc referencje na usługi ochrony innych obiektów.

Pytanie 2:

Proszę o informację, czy wskazany przez zamawiającego wymóg zatrudnienia osób na umowę o pracę oznacza, że każda roboczogodzina pracy osób wykonujących czynności ochronne (za wyjątkiem grup interwencyjnych) musi być wypracowana w ramach umowy o pracę i Zamawiający nie dopuszcza w tym zakresie zawarcia z takimi osobami umów cywilnoprawnych.

Odpowiedź 2:

Zamawiający wymaga zatrudnienia osób na podstawie umowy o pracę. Nie dopuszcza innej formy zatrudnienia pracowników.

Pytanie 3:

Czy w trakcie przebywania pracownika na urlopie na zastępstwo może zostać oddelegowana osoba na umowę cywilnoprawną?

Odpowiedź 3:

Zamawiający nie dopuszcza zastępstwa pracownika przebywającego np. na urlopie przez osobę oddelegowaną świadcząc usługę na podstawie umowy cywilnoprawnej.

Pytanie 4:

Czy zamawiający dopuszcza realizację usługi przez osoby posiadające orzeczenie o niepełnosprawności – zgodnie z ustawą z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2011 r. Nr 127, poz. 721, z późn. zm.), a jeśli tak, to na jakich stanowiskach/posterunkach?

Odpowiedź 4:

Zamawiający dopuszcza realizację usługi przez osoby posiadające orzeczenie o niepełnosprawności - zgodnie z ustawą z dnia 27 sierpnia 1997r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnieniu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2011 r. Nr 127, poz.721 z późn.zm.) na posterunku stałym (portierni) + obchodowym.

Pytanie 5:

Zamawiający wymaga grupy interwencyjnej tj. przynajmniej dwóch uzbrojonych pracowników ochrony. Prosimy o informację czy Zamawiający wyrazi zgodę na zastąpienie w/w grupy patrolem dwuosobowym z pracownikami kwalifikowanymi?

Odpowiedź 5:

Zamawiający wymaga, aby grupa interwencyjna składała się z dwóch uzbrojonych pracowników ochrony i nie dopuszcza zastąpienie przedmiotowej grupy patrolem dwuosobowym z pracownikami kwalifikowanymi.

Pytanie 6:

W związku z zapisami SWZ proszę o informację, na jakiej podstawie Zamawiający nie dopuszcza udziału podwykonawców w realizacji zamówienia. Zastrzeżenie zamawiającego zakazujące podwykonawstwa powoduje, że Zamawiający faworyzuje obecnie świadczącego Wykonawcę, który spełnia wymagania Zamawiającego i nie musi korzystać z usług podwykonawcy np. w zakresie grup interwencyjnych.

Ponadto Zamawiający mógłby zakazać podwykonawstwa w zakresie kluczowej części zamówienia tj. wykonania stałej usługi ochrony, natomiast nie dopuszczenie podwykonawstwa w zakresie grup interwencyjnych powoduje sytuację, że każdy Wykonawca który nie posiada grupy interwencyjnej znajdującego się w pobliżu obiektu Zamawiającego będzie zmuszony do policzenia dedykowanej grupy tj. kosztu około 30 tys zł miesięcznie, co spowoduje że oferta

danego Wykonawcy będzie nie konkurencyjna. Każda firma która będzie kalkulowała postawienie grupy interwencyjnej na pewno przekroczy wartość szacunkową jaką Zamawiający ma przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i tu następuje ograniczenie potencjalnych Wykonawców oraz naruszenie zasad współżycia społecznego. Ponadto należy zauważyć, że usługa grupy interwencyjnej stanowi znikomą wartość całego zamówienia.

Wobec powyższego wnosimy o dopuszczenie podwykonawstwa w zakresie działania grupy interwencyjnej.

Odpowiedź 6:

Zamawiający nie wyraża zgody na świadczenie usług wsparcia grupy interwencyjnej przez podwykonawców. Usługa może być świadczona przez Konsorcjanta.

Zgodnie z art. 121 pkt 1 ustawy Pzp: Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących: zamówień na roboty budowlane lub usługi oraz z art. 60 pkt 1 ustawy Pzp: Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia kluczowych zadań dotyczących: zamówień na roboty budowlane lub usługi, Zamawiający zapisał w części I SWZ pkt. 1 lit. e: Zamawiający wymaga osobistego zrealizowania zamówienia przez Wykonawcę. Przez osobistą realizację zamówienia Zamawiający rozumie:

- podjęcie natychmiastowej interwencji/ przyjazdu przez własną Grupę Interwencyjną,
- świadczenie usług ochrony przez pracowników wykonawcy.

W przypadku, gdy wykonawcy wspólnie ubiegają się o zamówienie, zakres czynności wskazany powyżej musi realizować Wykonawca, który posiada aktualną Koncesję Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji na prowadzenie działalności związanej z ochroną osób i mienia zgodnie z ustawą z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia (Dz. U. 2018 poz. 2142).

Powyższe zadania Zamawiający uznał za kluczowe w przedmiotowym postępowaniu.

Pytanie 7:

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/> ?

Jednocześnie proszę o podanie konta Zamawiającego znajdującego się na Platformie Elektronicznego Fakturowania, umożliwiającego przesłanie ustrukturyzowanej faktury elektronicznej.

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 z przepisami ustawy z dnia 9 listopada 2018 r. o elektronicznym fakturowaniu w zamówieniach publicznych, koncesjach na roboty budowlane lub usługi oraz partnerstwie publiczno – prywatnym (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020 ze zm.) oraz jest powszechnie stosowane pomiędzy Zamawiającymi a wykonawcami. Taki sposób przekazywania w/w dokumentów ułatwia wzajemną komunikację oraz eliminuje szereg błędów, występujących w procesie tradycyjnego fakturowania. I jest 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>) ze względu na:

- 1) zmniejszenie liczby zatorów płatniczych;
- 2) zmniejszenie liczby błędnych i fałszywych faktur w obiegu;
- 3) ujednolicony model obsługi e-faktur w ramach zamówień publicznych;
- 4) zmniejszenie kosztów operacyjnych oraz zminimalizowanie przeszkód w handlu;
- 5) redukcję kosztów fakturowania i przetwarzania danych oraz obsługi zamówień publicznych;
- 6) kompleksową e-obsługą dostaw publicznych;
- 7) zwiększenie szans udziału polskich firm w transgranicznym rynku zamówień publicznych i obrocie gospodarczym UE;
- 8) łatwiejsze archiwizowanie dokumentów;
- 9) wzrost cyfryzacji sektora publicznego w Polsce;
- 10) rozwój systemu płatności bezgotówkowych;
- 11) wzrost popytu na produkty i usługi informatyczne.

Niezależnie od powyższego, 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.

Odpowiedź 7:

Zamawiający akceptuje wystawianie 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/>. Wszelkie wymagane na podstawie zapisów umowy załączniki do faktury, winny być przesłane w oryginale na adres ul. Centralna 53, 31-586 Kraków.

Konto Zamawiającego na Platformie Elektronicznego Fakturowania w skazane jest w §8 pkt.8 Projektowanego Postanowieniu Umowy tj. PEF 679 25 97 429

Pytanie 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.

Odpowiedź 8:

Zamawiający nie wyraża zgody, aby każda z firm wchodząca w skład konsorcjum wystawiała Zamawiającemu osobną fakturę VAT. Fakturę wystawia Lider Konsorcjum.

Pytanie 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 rażąco 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.

Odpowiedź 9:

Zamawiający nie przewiduje zmian dotyczących kar umownych.

Pytanie 10:

Czy Formularz oferty i pozostałe załączniki mające formę papierową mogą zostać przesłane w formie elektronicznej podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym? W części I istnienie zapis, iż składana oferta ma być opatrzona podpisem zaufanym albo osobistym, (nie ma informacji o kwalifikowanym podpisie elektronicznym) a w dalszej części specyfikacji jest zapis, iż podmiotowe i przedmiotowe środki dowodowe, mające formę papierową, będące w postaci elektronicznej, mogą zostać opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym i w takiej formie przesłane do Zamawiającego.

Odpowiedź 10:

Zamawiający informuje, iż formularz oferty pierwotnie sporządzony przez Wykonawcę w postaci papierowej, a następnie przekształcony do postaci elektronicznej można opatrzyć również kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Otrzymują:

1 x strona internetowa prowadzonego postępowania

1 x aa NZ