

DO WSZYSTKICH WYKONAWCÓW

Wyjaśnienia

Na podstawie przepisu art. 135 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 z późniejszymi zmianami) Zamawiający - Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie, niniejszym udziela następujących wyjaśnień dotyczących treści specyfikacji warunków zamówienia, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiot obejmuje: Usługę utrzymania czystości w budynkach RZGW we Wrocławiu i terenów do nich przyległych w latach 2021-2022 - znak WR.ROZ.2810.6.2021:

Pytanie 24: *Jakie worki na śmieci (czarne czy kolorowe- do selektywnej zbiórki odpadów?) oraz o jakiej pojemności wymaga Zamawiający? (dotyczy Zadania nr 1 i 2)?*

Odpowiedź:

- w Części 1 Zamawiający nie stawia warunków w zakresie kolorów worków do śmieci, natomiast wymaga worków o pojemności od 30 do 120 l,
- w Części 2 Zamawiający wymaga czarnych worków o pojemności od 30 do 120 l.

Pytanie 25: *Jakie worki i o jakiej pojemności (60 l, 80L czy może 120l?) do niszczarek wymaga Zamawiający, czarne czy może przezroczyste? (dotyczy Zadania nr 1 i 2)?*

Odpowiedź:

- w Części 1 Zamawiający wymaga worków w kolorze czarnym o pojemności 60 l. i powyżej, tak aby pasowały do Niszczarek, które znajdują się na obiektach Zamawiającego,
- w Części 2 Zamawiający wymaga worków w kolorze czarnym. Zamawiającemu zależy żeby worki pasowały do Niszczarek, które są na stanie Zarządu Zlewni we Wrocławiu.

Pytanie 26: *W związku ze stawianym Wykonawcy wymaganiem zapewnienia 1 osoby w ramach serwisu dziennego (w godzinach 9:00 -13:00 na obiekcie mieszczącym się przy ul. Wybrzeże Wyspiańskiego 39, czy Zamawiający dopuszcza zmniejszenie ilości osób sprzątających w godzinach popołudniowych (16-20) z 2 na 1 osobę? (dotyczy Zadania nr 2*

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie powyższych zmian. Sprzątanie pomieszczeń biurowych oraz toalet musi odbywać się po godzinach pracy Urzędu.

Pytanie 27: *Czy Zamawiający dopuszcza zmianę godzin pracy oraz częstotliwość wykonywania obowiązków w dla pracownika przydzielonego do sprzątania terenów zewnętrznych na obiekcie mieszczącym się przy ul. Braci Gierymskich 149 A (Magazyn Główny) w miesiącach letnich od 1 maja do 30 września, z 2 x w tyg.(w godz.9-14) do 1 x dziennie, 5 dni w tyg.(pon-pt) po ok 2 godz. np od 12-14?*

Odpowiedź:

Zamawiający nie dopuszcza zmiany godzin pracy oraz częstotliwości wykonywania obowiązków sprzątanía terenów zewnętrznych przy Magazynie Głównym ul. Braci Gierymskich 149 A.

Pytanie 28: W związku z faktem, że zamówienie ma być realizowane przez okres 20 miesięcy wnosimy o wprowadzenie do wzoru umowy zapisów zgodnych z art. 436 ust. 4 pkt. b ustawy prawo zamówień publicznych. Przepisy nakazują, aby w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy umowa zawierała postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, w przypadku zmiany:

- stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,
- wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
- zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,
- zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. poz. 2215 oraz z 2019 r. poz. 1074 i 1572)

jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Prosimy zatem o dostosowanie zapisów umowy do obecnie obowiązujących przepisów w zakresie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Odpowiedź:

Niezbędne modyfikacje projektu umowy zostały opublikowane na platformie zakupowej w dniu 16.04.2021r.

Pytanie 29: 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 wystawiania 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. Odnosnie 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 A Ca 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 A Ca 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:

Zamawiający wyjaśnia, iż rozliczenie wykonanych usług w danym okresie rozliczeniowym będzie dokonywane na podstawie jednej faktury wystawionej przez pełnomocnika/lidera podmiotów wspólnie realizujących zamówienie (konsorcjum) - w przypadku gdy umowa w sprawie realizacji przedmiotowego zamówienia zostanie zawarta z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o realizację zamówienia.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazuje na treść interpretacji Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 12.05.2017r. znak: 2461-IBPP2.4512.72.2017.2.WN, zgodnie z którą jedynie lider konsorcjum ma prawo wystawiać faktury dla zamawiającego. Następnie pozostali konsorcjanci zobligowani są do wystawienia faktury dla lidera za wykonane przez siebie usługi. W takiej sytuacji mamy do czynienia z odsprzedażą usług, a w konsekwencji należy uznać, że członek konsorcjum występuje jako podwykonawca lidera. W związku z powyższym obowiązek

rozliczenia podatku od towarów i usług wykonywanych przez członka konsorcjum, który traktowany jest jako podwykonawca wystąpi jedynie na jego liderze poprzez zastosowanie mechanizmu odwrotnego obciążenia podatkiem VAT. Wobec powyższego Zamawiający jest uprawniony by nie wyrazić zgody na wystawianie mu faktur oddzielnie przez każdą z firm wchodzących w skład konsorcjum.

Zamawiający w projekcie umowy, w § 6 ust. 2 i 3 zaznaczył, że za każdy miesiąc świadczenia usług wystawiana będzie jedna faktura, co w sposób jednoznaczny potwierdza stanowisko Zamawiającego zawarte w powyższych wyjaśnieniach.

Pytanie 30: 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 nieważnością czynności prawnej na podstawie przepisu art. 3531 k.c. w związku z art. 58 § 1 k.c.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje postanowienia §8 projektu umowy.

Zamawiający, w świetle udzielonych wyjaśnień modyfikuje:

- 1) treść Załącznika nr 1a do SWZ - Zadanie 1 - Opis przedmiotu zamówienia
- 2) Załącznik nr 3a do SWZ - Formularz cenowy - Zadanie 1.

Zmodyfikowane dokumenty stanowią załączniki do przedmiotowych wyjaśnień.

Sporządził:
Paweł Mężyk
tel. 71 33 78 842

2 up.
Z-C DYREKTORA

Leszek Podgórnicz

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie
Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej we Wrocławiu
ul. Norwida 34, 50-950 Wrocław
tel.: +48 (71) 337 88 00 | faks: +48 (71) 328 50 48 | e-mail: wroclaw@wody.gov.pl

www.wody.gov.pl

M. Podgórnicz

