

ZG-NZP.3410.8.2020

Poznań, 19.10.2020 r.

Wg Rozdzielnika

Dotyczy: postępowania o udzielenie publicznego na „**Świadczenie usługi ochrony osób i mienia w kompleksie budynków biurowych przy ul. Gronowej 20**”

Na podstawie art. 38 ust. 1a, ust. 2, ust. 4 oraz art. 12a, ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) w związku z dwoma zapytaniami do treści ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający przekazuje treść zapytania oraz odpowiedź:

ZAPYTANIE 1**Pytanie 1:**

Proszę o informację, jak będą realizowane obowiązki stron w przypadku wystąpienia tzw. „siły wyższej”. Jednocześnie, w związku z zaistniałą sytuacją zagrożenia pandemią koronawirusa, wnoszę o wprowadzenie do wzorca umowy postanowień dotyczących wystąpienia siły wyższej. Poniżej przykładowe zapisy, które zamawiający – wzorem innych zamawiających publicznych - mógłby wprowadzić do wzorca umowy:

SIŁA WYŻSZA

1. Na czas działania Siły Wyższej obowiązki Strony, która nie jest w stanie wykonać danego obowiązku ze względu na działanie Siły Wyższej, ulegają zawieszeniu.
2. Strona Umowy, która opóźnia się ze swoim świadczeniem wynikającym z Umowy ze względu na działanie Siły Wyższej nie jest narażona na konsekwencje finansowe (w tym odsetki, kary albo inne konsekwencje finansowe) lub odstąpienie od Umowy przez drugą Stronę z powodu niedopełnienia obowiązków Umownych.
3. Dla potrzeb Umowy, "Siła Wyższa" oznacza zdarzenie, którego wystąpienie jest niezależne od Stron i któremu nie mogą one zapobiec przy zachowaniu należytej staranności, a w szczególności: wojny, stany nadzwyczajne, klęski żywiołowe, epidemie, ograniczenia związane z kwarantanną, embargo, rewolucje, zamieszki i strajki, które uniemożliwiają wykonywanie Przedmiotu Umowy.
4. Każda ze Stron jest obowiązana do niezwłocznego zawiadomienia drugiej ze Stron o zajściu przypadku Siły Wyższej. O ile druga ze Stron nie wskaże inaczej na piśmie, Strona, która dokonała zawiadomienia będzie kontynuowała wykonywanie swoich obowiązków wynikających z Umowy, w takim zakresie, w jakim jest to praktycznie uzasadnione, jak również musi podjąć wszystkie alternatywne działania zmierzające do wykonania Umowy, których podjęcia nie wstrzymuje zdarzenie Siły Wyższej.
5. W przypadku ustania Siły Wyższej, Strony niezwłocznie przystąpią do realizacji swych obowiązków wynikających z Umowy.

Odpowiedź:

Biorąc pod uwagę ryzyko narażenia zdrowia lub życia użytkowników budynku oraz mienia znacznej wartości Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie zapisów, które by pozwalały na zaniechanie lub ograniczenie realizacji ochrony fizycznej w przypadku wystąpienia siły wyższej.

Pytanie 2:

Proszę o informację, czy wskazany przez zamawiającego wymóg zatrudnienia osób na umowę o pracę oznacza,

że każda roboczogodzina pracy osób sprzątającej musi być wypracowana w ramach umowy o pracę i Zamawiający nie dopuszcza w tym zakresie zawarcia z takimi osobami umów cywilnoprawnych.

Odpowiedź:

Zgodnie z § 1 ust. 9 projektu umowy Zamawiający wymaga, aby pracownicy ochrony stosownie do art.29 ust.3a ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z wykonywaniem pracy w sposób określony w art.22 §1 ustawy z dnia 26.06.1974 r. Kodeks pracy (tj. Dz.U. z 2020 r. poz.1320 z późn. zm.) byli zatrudnieni na podstawie umowy o pracę w takim wymiarze, że każda godzina wykonywanej usługi ochrony fizycznej przez każdego pracownika Wykonawcy będzie realizowana w ramach ww. umowy.

Pytanie 3:

Jeśli Zamawiający dopuści możliwość zatrudnienia powyżej pełnego etatu pracowników pracujących na podstawie umowy cywilnoprawnej czy przewiduje waloryzację minimalnej stawki godzinowej na podstawie art. 142 ust. 5 pkt 2 PZP ?

Odpowiedź:

Pytanie jest bezprzedmiotowe w związku z odpowiedzią na pytanie nr 2. Zamawiający informuje, że w § 2 ust. 5 projektu umowy opisane są zasady waloryzacji wynagrodzenia pracowników ochrony zatrudnionych na podstawie umowy o pracę.

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:

Zamawiający dopuszcza realizację przedmiotu zamówienia 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 2020 r. poz. 426). Zamawiający wymaga, aby osoby realizujące ochronę fizyczną posiadały sprawność fizyczną umożliwiającą dokonywanie obchodu 14-kondygnacyjnego budynku oraz terenu przyległego.

Pytanie 5:

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. Przewidziane przez Zamawiającego kary są niewspółmiernie wysokie do wartości zamówienia oraz do czasu trwania umowy. Poziom kar umownych jest zbyt wygórowany w stosunku do wskazanych nieprawidłowości stanowiących podstawę ich naliczenia. Wykorzystywanie przez Zamawiającego - będącego silniejszą stroną stosunku prawnego powstającego w wyniku udzielenia zamówienia - jego pozycji do zastrzegania na swoją rzecz kar umownych, których wysokość jest wygórowana jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, a tym samym winno być uznane za wykraczające poza dopuszczalne zgodnie z art. 3531 Kodeksu cywilnego granice swobody umów. Uprzywilejowana pozycja Zamawiającego oraz zasadniczo jednostronne określanie istotnych warunków przyszłej umowy sprawia, że umowa o udzielenie zamówienia staje się niejako umową adhezyjną, podczas gdy winna zmierzać do zabezpieczenia interesów obu stron, a kara umowna nie powinna prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego, ponieważ jej celem jest dyscyplinowanie stron do prawidłowego i terminowego wywiązywania się z przyjętych na siebie obowiązków umownych. Dodatkowo, samą wysokość kar umownych należy uznać za nadmierną, a tym samym również sprzeczną z zasadami współżycia społecznego. Postanowienia umowne dotyczące kar w żaden sposób nie są związane z zabezpieczeniem interesu Zamawiającego i interesu publicznego związanego z uzyskaniem jak najlepszego zamówienia. W konsekwencji Zamawiający działa z przekroczeniem swobody umów łamiąc zasady współżycia społecznego wykorzystując instytucję kary umownej niezgodnie z jej naturą i przeznaczeniem. Ponadto, Zamawiający wprowadzając takie postanowienia narusza zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, ogranicza konkurencję oraz utrudnia dostęp do rynku przedsiębiorcom, co może faktycznie wpłynąć na brak ofert. Na uwagę zasługuje również fakt, że wykonawca potencjalne ryzyko związane z naliczeniem kar umownych w kalkuluje w cenę oferty, co spowoduje, że złożone oferty będą mniej konkurencyjne, a Zamawiający poniesie większe koszty związane z udzieleniem zamówienia.

Odpowiedź:

Zamawiający zmienia wysokość kary umownej określonej w § 7 ust. 1 lit. b za odstąpienie od umowy wskutek okoliczności leżących po stronie Wykonawcy z 10% do 5% wynagrodzenia za realizację przedmiotu zamówienia i symetrycznie wysokość kary umownej określonej w § 7 ust. 3 za odstąpienie od umowy wskutek okoliczności leżących po stronie Zamawiającego także z 10% na 5%.

W pozostałym zakresie wysokość kar pozostaje bez zmian. W związku z powyższym zapis § 7 projektu umowy otrzymuje następujące brzmienie:

§7

1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną:
 - a. w wysokości 10 % miesięcznego wynagrodzenia brutto za każdy dzień, w którym stwierdzono ewidentne i udokumentowane niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy,
 - b. w wysokości 5 % wynagrodzenia za realizację przedmiotu umowy określonego w § 2 ust.4 Umowy za odstąpienie od umowy wskutek okoliczności leżących po stronie Wykonawcy.
2. Wykonawca wyraża zgodę na potrącenie przez Zamawiającego kar umownych z przysługującego Wykonawcy wynagrodzenia.
3. Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną w wysokości 5% wynagrodzenia za realizację przedmiotu umowy określonego w § 2 ust.4 Umowy za odstąpienie od umowy wskutek okoliczności leżących po stronie Zamawiającego.
4. W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy Zamawiający sporządzi protokół, w którym poda i uzasadni podane uchybienia. Ww. uchybienia muszą być przez Wykonawcę niezwłocznie usunięte pod rygorem odstąpienia przez Zamawiającego od umowy.
5. Strony mogą dochodzić na zasadach ogólnych odszkodowań przewyższających kary umowne.

Pytanie 6:

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

Uzasadnienie:

Wykonawcy składają oferty jako konsorcjum firm. Zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16.10.2018 r. poz. 1986 ze 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 opodatkowane 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. 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.”

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).

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 nie wyraża zgody na zaproponowane rozwiązanie, tzn. wystawianie osobnych faktur VAT przez każdego członka konsorcjum.

Pytanie 7:

Na podstawie art. 2 ust 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej z dnia 6 września 2001 (Dz. U. z 2019 r. poz. 1429, z 2020 r. poz. 695.) proszę o udostępnienie informacji w zakresie:

- wartości faktur netto za ostatnie 12 miesięcy wystawionych przez Zamawiającego za usługę tożsamą z przedmiotem zamówienia, wykonywaną w obiektach wskazanych w dokumentach do zamówienia,
- wartości kar umownych za ostatnie 12 miesięcy nałożonych przez Zamawiającego w związku z wykonywaniem usługi tożsamej z przedmiotem zamówienia i wykonywanej w obiektach wskazanych w wskazanych w dokumentach do zamówienia.

Odpowiedź:

Odpowiedź na pytanie zostanie udzielona w terminie i trybie określonym w ustawie o dostępie do informacji publicznej z dnia 6 września 2001 (Dz. U. z 2019 r. poz. 1429, z 2020 r. poz. 695).

ZAPYTANIE 2

Pytanie 1:

Czy Wykonawca musi posiadać umowę z Państwową Strażą Pożarną na monitorowanie systemów przeciwpożarowych?

Odpowiedź:

Wykonawca nie musi posiadać umowy z Państwową Strażą Pożarną na monitorowanie systemów przeciwpożarowych. Zamawiający ma zawartą odrębną umowę na przesyłanie sygnałów alarmowych do Państwowej Straży Pożarnej.

Pytanie 2:

Czy systemy ochrony przeciwpożarowej podlegają bezpośrednio stałemu monitorowaniu przez Wykonawcę i wstępną weryfikację przyczyn przed wezwaniem Straży Pożarnej?

Odpowiedź:

Tak – system wykrywania i sygnalizacji pożaru podlega stałemu monitorowaniu przez Wykonawcę. Sposób weryfikacji alarmów z ww. systemu jest opisany w pkt.3.10 Regulaminu Ochrony Fizycznej stanowiącego Załącznik nr 1 do Umowy. Oprócz tego pracownicy ochrony zgodnie z §3 ust.4b Umowy zostaną zaznajomieni ze szczegółową Procedurą postępowania na wypadek alarmu z Systemu Wykrywania i Sygnalizacji Pożaru oraz Instrukcją postępowania ochrony budynku w przypadku alarmu z ww. systemu zainstalowanego w pomieszczeniu serwerowni.

Wyjaśnienia, zmiany o których mowa powyżej są wiążące dla Wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie publiczne od chwili ich opublikowania.

Zamawiający przedłuża termin składania i otwarcia ofert, wobec powyższego zmianie ulegają następujące zapisy ogłoszenia o zamówieniu:

- 1) Rozdział 4 pkt. 4.1 otrzymuje następujące brzmienie:
„Oferty należy złożyć w siedzibie Zamawiającego, tj. w Zarządzie Geodezji i Katastru Miejskiego GEOPOZ **w Sali Obsługi Klienta** nie później niż do dnia **22.10.2020 r.** do godziny **10:00**”
- 2) Rozdział 4 pkt. 5.1
„Zamawiający otworzy koperty z ofertami i zmianami w dniu **22.10.2020 r.** o godzinie **12:00 w sali nr 911** w siedzibie Zamawiającego”
- 3) Rozdział 4 pkt.5.2
„Otwarcie ofert jest jawne.
W związku z pandemią COVID-19 publiczne otwarcie ofert nastąpi w formie wideokonferencji z wykorzystaniem aplikacji Microsoft Teams. Niezwłocznie po upływie terminu składania ofert wszyscy oferenci na adres e-mail podany na kopercie zawierającej ofertę otrzymają aktywny link, pod którym będą mogli wziąć udział w otwarciu ofert.”

Jan Macyszyn _ Kierownik Działu
Administracyjno-Technicznego
(Przewodniczący Komisji Przetargowej)

Zatwierdzam:

Andrzej Krygier
Dyrektor