

ODPOWIEDZI NA PYTANIA

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonywanie usług sprzątnia w budynku Wydziału Zarządzania przy ul. Fordońskiej 430 w Bydgoszczy” (AZZP.243.053.2020).

Zgodnie z art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych Zamawiający udziela wyjaśnień w związku z pytaniami, które wpłynęły do Zamawiającego o następującej treści:

Pytanie nr 1:

Wnoszę o wykreślenie wymogu dotyczącego przedłożenia zaświadczenia o niekaralności z Krajowego Rejestru Karnego (umowa: par. 4, ust. 6 oraz OPZ) i zastąpienie zaświadczenia dokumentem w postaci oświadczenia złożonego przez Wykonawcę o niekaralności. GIODO w dniu 15.02.2013 r. zajęło negatywne stanowisko w sprawie żądania informacji z KRK, które powinno być przestrzegane przez instytucje Zamawiających. Zaznaczam, iż wewnętrzne zarządzenia Zamawiającego nie mogą uchylać ustawy, stąd wnioskuję o uznanie wyłącznie oświadczeń o niekaralności pracowników złożonych przez Wykonawcę. Zauważyć również należy, że art. 10 RODO określa zasady przetwarzania danych osobowych o wyrokach skazujących, czynach niedozwolonych lub powiązanych środkach bezpieczeństwa. Pracodawca nie może więc, nawet za zgodą kandydata do pracy lub pracownika, przetwarzać jego danych osobowych o wyrokach skazujących, czynach niedozwolonych lub powiązanych środkach bezpieczeństwa. Informacja, iż dana osoba nie widnieje w Krajowym Rejestrze Karnym, jest również informacją zawierającą dane określone w art. 10 RODO. Zatem każde zaświadczenie o niekaralności, które będzie zawierało informacje o wyrokach skazujących, czy też informację o tym, że dana osoba nie była skazana, będzie informacją dotyczącą wyroków skazujących i czynów zabronionych w rozumieniu RODO. Przetwarzanie danych dotyczących wyroków skazujących i naruszeń prawa jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy jest to niezbędne do wypełnienia obowiązku pracodawcy nałożonego przepisem prawa. Przetwarzanie danych o karalności pracownika jest więc dopuszczalne wyłącznie wówczas, jeżeli wymóg niekaralności pracownika wynika z przepisów powszechnie obowiązującego prawa. Powyższe oznacza, że żądanie od pracownika przedłożenia oświadczenia lub zaświadczenia o niekaralności nie jest dopuszczalne nawet za jego zgodą. Wymóg niekaralności co prawda istnieje w stosunku do pracownika ochrony - zgodnie z art. 26 ust. 3 pkt. 5 oraz art. 31 ustawy o ochronie osób i mienia, lecz jednocześnie w ust. 6 ustawodawca wskazał, w jaki sposób kwalifikowany pracownik ochrony winien potwierdzać swoją niekaralność – tj. oświadczeniem własnym, złożonym pod rygorem odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań. Co do pracownika, nieposiadającego wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony – ustawodawca nie określił w ogóle sposobu potwierdzenia niekaralności. Reasumując, należy uznać za niedopuszczalne żądanie przedłożenia przez pracowników ochrony na potwierdzenie ich niekaralności – zaświadczeń z Krajowego Rejestru Karnego.

Odpowiedź:

Zamawiający zmodyfikuje zapisy SIWZ.

Pytanie nr 2:

Dot. par. 3 ust. 10 umowy – Prosimy o potwierdzenie, że usunięcie usterki w terminie skutkuje zakwalifikowaniem usługi jako należycie wykonanej.

Odpowiedź:

Tak, usunięcie usterki w terminie skutkuje zakwalifikowaniem usługi jako należycie wykonanej.

Pytanie nr 3:

Czy Zamawiający dopuszcza zatrudnienie na podstawie umowy cywilno-prawnej osób świadczących usługę w ramach zastępstwa (chorobowego, urlopowego) za etatowego pracownika?

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ i wymaga, aby pracownicy wykonujący codzienne czynności sprzątania byli w okresie realizacji umowy zatrudnieni na podstawie umowy o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r., poz. 1502 z późn. zm.). Zamawiający wymaga, aby każda przepracowana godzina wynikała z umowy o pracę (Zamawiający nie dopuszcza zatrudniania pracowników na umowy o pracę w części etatu i na inne umowy w pozostałej części godzin przepracowanych u Zamawiającego). Zamawiający dopuszcza zatrudnienie na umowę o pracę w niepełnym wymiarze czasu pracy, np. $\frac{3}{4}$ etatu lub $\frac{1}{2}$ etatu.

Pytanie nr 4:

Prosimy o podanie ilości okien do mycia (w m², liczone jednostronnie), na wysokości powyżej 3m gdzie niezbędne jest mycie tzw. alpinistyczne lub z wysięgnika.

Odpowiedź:

Powierzchnia mycia okien liczona jednostronnie to 29 m² na wysokości powyżej 3m, gdzie niezbędne jest mycie tzw. alpinistyczne lub z wysięgnika, jednakże zgodnie z zapisami SIWZ okna należy umyć dwustronnie.

Pytanie nr 5:

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:

SILA 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 podjęcie nie wstrzymuje zdarzenie Siły Wyższej.*
- 5. W przypadku ustania Siły Wyższej, Strony niezwłocznie przystąpią do realizacji swych obowiązków wynikających z Umowy.*

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ. W sytuacji wystąpienia zagrożenia pandemią koronawirusa Zamawiający zastosuje przepisy Ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych.

Pytanie nr 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 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. 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 pomiotu 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, aby każda z firm wchodząca w skład konsorcjum wystawiała Zamawiającemu osobną fakturę VAT. Zamawiający ma świadomość o złożoności czynności wchodzących w skład przedmiotu zamówienia, a tym samym brak możliwości bezspornego podziału i odbioru poszczególnych świadczeń realizowanych na rzecz Zamawiającego przez poszczególnych konsorcjantów. Jednocześnie na podstawie zapisów rozdziału XIX SIWZ pkt. 5 Zamawiający będzie przed zawarciem umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego żądać umowy regulującej współpracę Wykonawców.

Zamawiający przypomina, że zgodnie z art. 141 ustawy Pzp Wykonawcy wchodzący w skład konsorcjum ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy.

Z przytoczonej w pytaniu interpretacji indywidualnej wydanej przez Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie w dniu 8.07.2013 r., nr IPPP1/443-377/13-2/AS, wynika że w świetle przepisów ustawy o VAT prawidłowy jest sposób rozliczeń, w którym Lider konsorcjum wystawia fakturę zbiorczą na Zamawiającego w wysokości całego wynagrodzenia należnego konsorcjum i nalicza podatek należny od całej kwoty tego wynagrodzenia. W zakresie opodatkowania podziału przychodów i kosztów stosownie do udziałów przez Lidera konsorcjum została wydana odrębna interpretacja IPPP/443-377/13-3/AS. W tej interpretacji Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie stwierdził, że lider i Partnerzy zachowują odrębny status podatników podatku VAT, ale uczynił to w odniesieniu do wzajemnych rozliczeń w ramach konsorcjum, pomiędzy liderem a Partnerami, gdzie wskazano że w zakresie wzajemnych rozliczeń w konsorcjum partnerzy i Lider winni sobie wzajemnie wystawiać faktury. Powyższe stanowisko zostało również potwierdzone w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 8 czerwca 2017 r., sygn. I FSK 1839/15. W przedmiotowym temacie należy również mieć na uwadze z wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 13 maja 2014 r., sygn. akt: I ACa 1621/13: *Umowa konsorcjum nie jest uregulowana w polskim prawie, stanowi zatem umowę nienazwaną. W orzecznictwie i doktrynie uznaje się, że umowa taka jest zbliżona do umowy spółki cywilnej. Podobnie jak w przypadku spółki cywilnej uczestnicy konsorcjum zobowiązują się do wspólnego działania dla osiągnięcia założonego celu, w związku z tym obecne są w doktrynie poglądy, że konsorcjum stanowi tzw. spółkę okazjonalną. Powyższe uzasadnia odpowiednie stosowanie do umowy konsorcjum przepisów KC o spółce cywilnej, w tym w szczególności przepisów dotyczących wspólności łącznej. (...) Sięganie do tych przepisów uzasadnione jest szczególnie w przypadku, gdy zobowiązanie konsorcjum wobec drugiej strony umowy ukształtowane zostało wyraźnie nie jako oddzielne zobowiązania poszczególnych uczestników, lecz jako jedno wspólne zobowiązanie wszystkich uczestników konsorcjum. Tak jest w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenia zamówienia publicznego (...) należne na rzecz konsorcjum wynagrodzenie stanowi jedno niepodzielne świadczenie zamawiającego.*

Zamawiający

REKTOR
[Podpis]
prof. dr hab. inż. Janusz Popoliński

Zgodnie z art. 18a ust. 3 przepisów przejściowych wprowadzonych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Pzp oraz niektórych innych ustaw Zamawiający żąda niezwłocznego potwierdzenia zapoznania się z treścią niniejszego pisma - AZZP.243.053.2020.

.....
Data i godzina zapoznania

.....
podpis i pieczęć