

PAŃSTWOWA GALERIA SZTUKI

81-720 SOPOT, PLAC ZDROJOWY 2, tel.: (+48 58) 551 06 21, fax: (+48 58) 551 32 62

PL NIP 585-122-00-52, REGON 000277167

Sopot, dnia 19.06.2021 r.

**dot.: postępowania prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji na usługę całodobowej ochrony fizycznej osób i mienia Państwowej Galerii Sztuki, znak: ZP.371.4.2021**

Działając na podstawie art. 284 ust 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j.Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), Zamawiający w odpowiedzi na pytania zgłoszone w toku przedmiotowego postępowania przez Wykonawców, udziela następujących wyjaśnień dotyczących treści Specyfikacji Warunków Zamówienia.

**Pytanie nr 1**

Zamawiający w umowie nie ustalił maksymalnej wysokości kar umownych (wymóg z art. 436 pkt 3 Pzp). Wnioskujemy o dodanie zapisu, iż maksymalna wysokość kar umownych nie przekroczy 20% wynagrodzenia.

**Odpowiedź**

Zamawiający określa łączną maksymalną wysokość kar umownych. W związku z powyższym w § 11 wzoru umowy dodaje się ust 8 o następującym brzmieniu:

*Maksymalna wysokość kar umownych nie może przekroczyć 35% całkowitej wartości umowy określonej w § 10 ust. 5.*

**Pytanie nr 2**

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/> ?

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 rozprzestrzenianiu się wirusa oraz gwarantuje utrzymanie ciągłości procesów księgowych i podatkowych.

Jednocześnie proszę o podanie konta Zamawiającego znajdującego się na Platformie Elektronicznego Fakturowania, umożliwiającą przesłanie ustrukturyzowanych dokumentów.

### **Odpowiedź**

Zamawiający wyraża zgodę na przesyłanie ustrukturyzowanych faktur korygujących oraz innych ustrukturyzowanych dokumentów elektronicznych dotyczących realizacji umowy przez Platformę Elektronicznego Fakturowania <https://www.brokerinfinite.efaktura.gov.pl/>, na konto: PEPPOL Państwowa Galeria Sztuki.

### **Pytanie nr 3**

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. 23 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z dnia 11.09.2019 r.; poz. 1843) 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. 141 Pzp: Wykonawcy, o których mowa w art. 23 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 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**

Mając na uwadze treść art. 59 ustawy Pzp, w myśl którego, zamawiający może żądać dopiero przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jeżeli złożona przez nich oferta została wybrana, oraz wyrok SN z dnia 6 lipca 2018 r., o sygn. II CSK 562/17, z którego wynika, że „stosunek, w jakim pozostają współdziałający jako wykonawca zamówienia publicznego istotnie angażuje także interesy zamawiającego, któremu przez czas związania umową i jej wykonywania musi być zagwarantowana pewność, że ma do czynienia z jednym ośrodkiem decyzyjnym i nie jest wikłany w konflikty między konsorcjantami”, **należy przyjąć, że zamawiający we wzorze umowy powinien wskazać, iż przyjęte zasady rozliczeń wiążą konsorcjum niezależnie od ewentualnych zmian umowy konsorcjum oraz innych stosunków o charakterze wewnętrznym, regulujących współpracę konsorcjantów.**

Powołując się na Jacka Sadowego, byłego Prezesa UZP, dla ustalenia, któremu z członków konsorcjum zamawiający ma przekazać wynagrodzenie, kluczowa jest wola samych członków konsorcjum. Wola ta wyrażona jest zasadniczo w samej umowie o zamówienie publiczne, która zawierana jest przecież między zamawiającym a wszystkimi wykonawcami, którzy wspólnie złożyli ofertę w przetargu (konsorcjum), choć z przyczyn pragmatycznych podpisywana jest przez lidera na podstawie stosownego pełnomocnictwa. Jeśli umowa o zamówienie publiczne określa obowiązek wypłaty wynagrodzenia na numer rachunku bankowego wskazanego przez lidera konsorcjum, zamawiający zobowiązany jest do spełnienia swego świadczenia w sposób ustalony umową, nawet jeśli tymczasem ustalenia między członkami konsorcjum dotyczące zasad zapłaty wynagrodzenia ulegną zmianie. Te nowe ustalenia nie są wiążące dla zamawiającego, dopóki nie znajdą wyrazu w umowie o zamówienie publiczne poprzez jej stosowną zmianę.

Z uwagi na powyższe, Zamawiający dokonuje zmiany wzoru umowy w powyższym zakresie, dodając w §12 ust. 5, 6, 7 i 8 o następującej treści:

5. *W przypadku zawarcia umowy z Wykonawcami, o których mowa w art. 23 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), Wykonawcy ustanawiają pełnomocnika, zwanego dalej Liderem Konsorcjum, do reprezentowania ich we wszelkich sprawach związanych z realizacją niniejszej umowy w osobie: .....*
6. *Lider Konsorcjum uprawniony jest do reprezentowania Wykonawców wobec Zamawiającego we wszelkich sprawach związanych z realizacją niniejszej umowy. W szczególności Lider Konsorcjum uprawniony jest do składania Zamawiającemu oraz odbierania od Zamawiającego w imieniu Wykonawców wszelkich oświadczeń woli związanych z wykonaniem, zmianą, rozwiązaniem lub odstąpieniem od niniejszej umowy. Lider Konsorcjum uprawniony jest do odbierania od Zamawiającego wszelkich informacji skierowanych dla i do Wykonawców.*
7. *Wszelkie płatności wynikające z Umowy dokonywane będą na rachunek bankowy Lidera Konsorcjum.*

8. Wykonawcy uprawnieni są do zmiany Lidera Konsorcjum. W takim przypadku Wykonawcy mają obowiązek jednoczesnego zawiadomienia Zamawiającego o nowym Liderze Konsorcjum. W razie uchybienia w wykonaniu tego obowiązku odwołanie Lidera Konsorcjum nie będzie skuteczne wobec Zamawiającego.

#### **Pytanie 4**

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 uznaje się 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 o zamówieniach publicznych z uwagi, iż postępowanie jest obciążone 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 zapisy wzoru umowy.

Zgodnie z Raportem UZP dotyczącym stosowania kar umownych zamawiający, uwzględniając funkcje, jakie kary umowne mają realizować przy wykonywaniu przedsięwzięć publicznych, powinni tak kształtować postanowienia umowne dotyczące tego zagadnienia, aby odpowiednio zabezpieczyć interes publiczny i właściwą realizację zamówienia publicznego. Z drugiej zaś strony powinność zamawiających do należytego zabezpieczenia interesu publicznego nie może prowadzić do przerzucenia na wykonawców odpowiedzialności za zdarzenia, które pozostają poza ich kontrolą, czyli na których powstanie nie mają oni wpływu. Uwzględniając zakres kar umownych zawarty we wzorze umowy, stwierdzić należy, że dotyczą one wyłącznie przewinień zależnych od wykonawcy. W żadnej mierze zapisy te nie faworyzują Zamawiającego – to czy Wykonawca zapłaci ewentualną karę umowną zależy wyłącznie od niego, czyli od tego czy wykona umowę w sposób należyty.

Z poważaniem

Dyrektor Państwowej Galerii Sztuki  
Zbigniew Buski