

**Akademia Muzyczna
im. Krzysztofa Pendereckiego w Krakowie
31- 027 Kraków, ul. św. Tomasza 43
NIP 675-00-07-587, REGON 000275719**

Kraków, dn. 23.02.2021 r.

Nr sprawy: ZP/001/2021

*Do wszystkich wykonawców
https://platformazakupowa.pl/pn/amuz_krakow*

Informacja dla Wykonawców – wyjaśnienia do specyfikacji warunków zamówienia/ zmiana treści specyfikacji warunków zamówienia/ informacja o zmianie ogłoszenia o zamówieniu/ informacja o przedłużeniu terminu składania ofert

Dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług ochroniarskich w budynkach Akademii Muzycznej im. Krzysztofa Pendereckiego w Krakowie - nr zamówienia ZP/001/2021 prowadzonego przez Akademię Muzyczną im. Krzysztofa Pendereckiego w Krakowie

Zamawiający – Akademia Muzyczna im. Krzysztofa Pendereckiego w Krakowie informuje, że do powołanego na wstępie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wpłynęły pytania Wykonawców dotyczące wyjaśnienia treści specyfikacji warunków zamówienia (swz). Wobec powyższego Zamawiający działając w oparciu o art. 284 pkt 6 w zw. z art. 284 pkt 2, 3 i 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” **przekazuje niniejszym treść tych pytań (bez ujawniania ich źródła) wraz z odpowiedziami:**

Pytanie nr 1:

- 1) Czy Zamawiający dopuszcza udział podwykonawców w zakresie dysponowania grupą interwencyjną?
- 2) Dot. Rozdział VII, pkt. 4.1. czy wykazując doświadczenie polegające na stałym dozorcze sygnałów przesyłanych (..) w elektronicznych urządzeniach i systemach alarmowych, Wykonawca może polegać na doświadczeniu innych podmiotów.

Odpowiedź na pytanie nr 1:

ad 1) Zamawiający nie wyłącza udziału podwykonawców w realizacji zamówienia, w tym nie skorzystał w zastrzeżenia, o którym mowa w art. 121 ustawy Pzp. Wobec powyższego dopuszczalne jest podwykonawstwo w zakresie grupy interwencyjnej na zasadach wynikających z SWZ do niniejszego zamówienia publicznego i ustawy Pzp.

Ad 1) Zamawiający wyjaśnia że warunek, o którym mowa w Rozdz. VII. pkt. 4.1. dot. doświadczenia musi być spełniony przez jeden podmiot, przy czym stosownie do art. 118 ustawy Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych, z tym zastrzeżeniem że podmioty te wykonują usługi, do realizacji których zdolności te są wymagane.

Pytanie nr 2:

Czy Zamawiający wyraża zgodę na zawarcie umowy dot. wzajemnego powierzenia przetwarzania danych osobowych? Umowa chroni interesy zarówno Zamawiającego, jak i Wykonawcy, w związku z obowiązującymi przepisami RODO. Wzór w załączeniu.

Odpowiedź na pytanie nr 2:

Zamawiający nie wyraża zgody na zawarcie umowy dotyczącej wzajemnego powierzenia przetwarzania danych osobowych. Stosownie do § 17 ust. 1 i 2 umowy (załącznik nr 2 do SWZ), gdyby została zidentyfikowana sytuacja zlecenia powierzenia przetwarzania danych osobowych osób fizycznych, Zamawiający uprzednio podpisze na własnym wzorze z Wykonawcą umowę powierzenia, w której jako administrator powierzy przetwarzanie danych osobowych podmiotowi przetwarzającemu tj. Wykonawcy, wiążącą obie strony, z uwzględnieniem art. 28 RODO.

Pytanie nr 3:

Czy Zamawiający dopuszcza do realizacji usługi osoby z orzeczoną stopniem niepełnosprawności?

Odpowiedź na pytanie nr 3:

Zamawiający wymaga (rozdz. VII ust. 4.3 SWZ - warunek udziału w postępowaniu), aby umowę realizowały osoby wpisane na listę kwalifikowanych pracowników ochrony w rozumieniu ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia, zgodnie z konsekwencjami wynikającymi z w/w ustawy. Uzyskanie licencji kwalifikowanego pracownika ochrony wymaga, zgodnie z art. 33 ustawy o ochronie osób i mienia, oświadczenia złożonego pod rygorem odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań, że nie jest osobą niepełnosprawną w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. z 2020 r. poz. 426) lub nie posiada orzeczenia o inwalidztwie lub niezdolności do pracy wydanego przez właściwy organ rentowy albo dokumenty potwierdzające orzeczony stopień niepełnosprawności, inwalidztwa lub niezdolności do pracy.

Pytanie nr 4:

Czy w przypadku zadeklarowania przez pracownika ochrony pracy powyżej pełnego etatu, Zamawiający oprócz wymogu umowy o pracę w pełnym wymiarze godzin, pozostawia w gestii Wykonawcy formę zatrudnienia w dodatkowym wymiarze roboczogodzin dla tego samego pracownika?

Odpowiedź na pytanie nr 4:

Zamawiający wyjaśnia, że wymóg zatrudniania w oparciu o umowę o pracę oznacza, że każda roboczogodzina pracy osób ją wykonujących w ramach umowy z Zamawiającym ma być świadczona wyłącznie w oparciu o taką umowę (umowę o pracę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26.06.1974 r. - Kodeks pracy (tj. Dz.U. 2020 poz. 1320 z późn. zm.).

Pytanie nr 5:

Wnoszę o modyfikację par 15 ust. 1 Umowy, w zakresie: „w przypadku zawinionego niewykonania lub zawinionego nienależytego wykonania (...)”.

Odpowiedź na pytanie nr 5:

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe. Zamawiający wyjaśnia, że § 5 ust. 1 umowy dot. kary umownej za zawinione przez Wykonawcę odstąpienie od umowy po jej podpisaniu.

Pytanie nr 6:

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. 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 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 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 na pytanie nr 6:

Zamawiający nie potwierdza, iż wyraża zgodę, aby każda z firm wchodząca w skład konsorcjum wystawiała Zamawiającemu fakturę VAT. Wynagrodzenie za wykonane usługi ma charakter ryczałtowy, nie zaś za części wydzielone wynikające z wewnętrznych ustaleń o rozliczeniach między członkami konsorcjum, a zatem podstawą do zapłaty wynagrodzenia przez Zamawiającego stronie umowy, którą jest konsorcjum firm będzie jedna faktura. Zamawiający wymaga, aby faktury za świadczone usługi były wystawiane przez lidera konsorcjum.

Pytanie nr 7:

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 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 współzycia społecznego i skutkować winno bezwzględną nieważnością czynności prawnej na podstawie przepisu art. 353¹ k.c. w związku z art. 58 § 1 k.c.

Odpowiedź na pytanie nr 7:

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie wnioskowej zmiany. W ocenie Zamawiającego kary są adekwatne do zakresu usług oraz wynagrodzenia z tego tytułu. Kara umowna powinna być postrzegana jako bodziec realnego wykonania zobowiązań - środek umocnienia dyscypliny umownej (tzw. funkcja stymulacyjna). Kara umowna stanowi dla Zamawiającego swoistego typu gwarancję, że dłużnik - Wykonawca (strona umowy ws. zamówienia publicznego) zobowiązanie wykona/ wykonana je należycie, w tym prawidłowo i terminowo, a zatem staje się ona środkiem umocnienia zobowiązania zwłaszcza wtedy, kiedy obowiązek jej zapłaty jest niezależny od tego czy wierzyciel (Zamawiający), w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika (Wykonawcę) poniesie szkodę. Funkcji stymulującej nie należy przeciwstawiać też funkcji kompensacyjnej - jest ona jej dopełnieniem, gdyż „uruchamia się” dopiero po niewykonaniu lub nienależytym wykonaniu zobowiązania, w którym zastrzeżona była kara umowna. Nieprawidłowe i irracjonalne byłoby przyjęcie założenia, że wierzyciel - Zamawiający przedkłada zapłatę kary umownej nad realne wykonanie zobowiązania. To przecież chęć otrzymania świadczenia, na jakie opiewa pierwotna umowa, jest właśnie powodem jej zawarcia oraz zastrzeżenia w niej kar umownych.

Pytanie nr 8:

Zgodnie z art. 433 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający może ograniczyć zakres zamówienia pod warunkiem wskazania minimalnej wartości świadczenia stron.

Zamawiający w par. 11 ust. 1 dopuszcza możliwość ograniczenia zakresu zamówienia nie podając minimalnej wartości świadczenia stron, czym narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą określeń nieprecyzyjnych i ogólnych tj. w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. Działanie Zamawiającego prowadzi do sytuacji, w której będzie on miał możliwość dowolnego interpretowania i stosowania mechanizmu obniżenia (wpływającego na zmianę wynagrodzenia będącego istotną w rozumieniu art. 454 ust. 2 ustawy pzp zmianą postanowień zawartej umowy), co narusza zasadę swobody umów wyrażoną w art. 3531 kodeksu cywilnego. W konsekwencji powyższego Zamawiający pozbawia Wykonawców możliwości dokonania rzetelnej oceny ryzyka zmiany wysokości wynagrodzenia na skutek stosowania obniżenia, która powinna być dokonywana w oparciu o jednoznaczne i jednolicie interpretowane przez wszystkich Wykonawców kryteria. Prowadzi to z kolei do niemożliwości przyjęcia przez Wszystkich Wykonawców tych samych założeń przy budowie swoich ofert, a tym samym obliczenia ich ceny, która stanowi istotne kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu. Czynności Zamawiającego są sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa są w konsekwencji nieważne z mocy art. 58 § 1 kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 454 ustawy Pzp istotna zmiana umowy wymaga przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższym Wykonawca wnosi o dodanie do par. 11 ustępu 5 w brzmieniu następującym: Zmiana wartości świadczenia stron o której mowa w ust. 1 dotycząca wystąpienia stanu epidemii, stanu zagrożenia epidemicznego, wprowadzenie kwarantanny w związku z stwierdzeniem choroby zakaźnej bądź innych środków lub ograniczeń w związku z przeciwdziałaniem takiej chorobie, (nie wyłączając skutków COVID-19, SARS-CoV-2 lub jego mutacji nieznanymi w momencie zawierania Umowy), działania legislacyjne władz lub działania organów administracji powodujące niemożność realizacji przedmiotu umów nie może przekroczyć 20% wartości umowy wskazanej w par. 5 ust. 2 umowy.

Zamawiający nie może jednostronnie modyfikować postanowień umowy. Wykonawca winien mieć gwarancję uzyskiwania zleceń w zakresie wynikającym z SWZ i umowy, gdyż Wykonawca kalkuluje ofertę w oparciu o konkretny opis przedmiotu zamówienia, nadto ponosi koszty gotowości do świadczenia usługi; jednostronna modyfikacja umowy przez Zamawiającego w skrajnych przypadkach może prowadzić do nieopłacalności całego przedsięwzięcia ze strony Wykonawcy; zatem wszelkie zmiany niniejszej umowy dotyczące zakresu przedmiotu świadczenia winny wymagać zgody obu stron oraz formy pisemnego aneksu.

Odpowiedź na pytanie nr 8:

Zamawiający zwraca uwagę, że paragraf 11 (wzoru umowy) dotyczy waloryzacji wynagrodzenia w przypadku wystąpienia zmiany stawki podatku od towarów i usług (VAT), jeżeli zmiana ta będzie miała wpływ na koszty wykonania umowy przez Wykonawcę. Ani w/w paragraf ani żadna inna jednostka redakcyjna umowy nie traktuje o ograniczeniu zakresu zamówienia na jaki powołuje się wykonawca w pytaniu nr 8, w zw. z czym pytanie musi być uznane za nie odnoszące się do przedmiotu niniejszego zamówienia, zatem bezzasadne. Tym samym Zamawiający nie wyraża zgody na zmiany o których mowa w pytaniu nr 8. Zamawiający prosi o zapoznanie się z treścią SWZ (w tym wzorem umowy) do przedmiotowego postępowania.

Pytanie nr 9:

Zamawiający w Rozdziale VII pkt. 4.1) definiuje usługę zrealizowaną:

pod pojęciem usługi wykonanej należy rozumieć usługę zrealizowaną (rozpoczętą i zakończoną w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert), na co najmniej 150 000, 00 zł brutto która była realizowana nieprzerwanie w okresie następujących po sobie min. 12 miesięcy;

Prosimy o modyfikację wyboldowanego zapisu. W wyroku KIO z dnia 04.11.2010r. (sygn. KIO 2280/10) użycie czasu przeszłego - dokonanego w słowie „wykonane” jednoznacznie wskazuje, że w terminie trzech lat przed upływem składania ofert wykonanie usługi powinno zostać zakończone. Nie sposób uznać, aby intencją Rady Ministrów było postawienie wymogu, aby w okresie trzech lat mieścił się cały okres od rozpoczęcia do zakończenia wykonywania usługi. Taka interpretacja spowodowałaby wykluczenie z postępowań wykonawców, wykonujących usługi długoterminowe, o okresach wykonywania dłuższych niż 3 lata, co w sposób oczywisty byłoby sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców.

Powyższe oznacza, że Wykonawca ma prawo wykazać wykonane/zakończone zadanie, którego realizacja rozpoczęła się przed upływem 3 lat od terminu składania ofert – byleby termin zakończenia tego zadania mieścił się w powołanym, 3-letnim okresie.

Odpowiedź na pytanie nr 9:

Zamawiający przychyliła się do wniosku wykonawcy z pytania nr 9, wobec czego dokonuje stosownej modyfikacji SWZ, jak następuje:

W Rozdz. VII SWZ pn. „Informacja o warunkach udziału w postępowaniu”, w pkt. 4.1. w zdaniu trzecim w *tiret* pierwszym, w nawiasie wykreśla się wyraz „rozpoczętą”, w związku z czym w/w jednostka redakcyjna otrzymuje następujące brzmienie:

„4.1) posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie, tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonali (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują) co najmniej 3 usługi (3 odrębne kontrakty/ umowy) o wartości nie mniejszej niż 150 000,00 złotych brutto każda, obejmujące swoim zakresem usługi polegające na fizycznej, stałej ochronie osób i mienia obiektów użyteczności publicznej* oraz na stałym dozorcze sygnałów przesyłanych, gromadzonych i przetwarzanych w elektronicznych urządzeniach i systemach alarmowych, z których przynajmniej dwa trwały nieprzerwanie przez okres co najmniej 12 miesięcy. Jedna usługa to jedna umowa (kontrakt), w ramach której wykonano lub nadal są wykonywane usługi ochrony, odpowiadające postawionemu warunkowi. Wykonawca może wykazać, zgodnie ze swoim wyborem, usługę wykonaną lub wykonywaną, przy czym

- pod pojęciem usługi wykonanej należy rozumieć usługę zrealizowaną (zakończoną w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert), na co najmniej 150 000, 00 zł brutto która była realizowana nieprzerwanie w okresie następujących po sobie min. 12 miesięcy;

-pod pojęciem usługi wykonywanej należy rozumieć usługę będącą w trakcie realizacji (aktualnie wykonywaną), której wykonana część wyniosła co najmniej 150 000, 00 zł brutto i była wykonana nieprzerwanie w okresie następujących po sobie min. 12 miesięcy.

Zamawiający przez „odrębny kontrakt/ umowę” rozumie każdą jedną, pisemną umowę odpłatną - a nie sumę pojedynczych ustnych bądź pisemnych zleceń realizowanych na rzecz tego samego podmiotu.

** budynek użyteczności publicznej - należy przez to rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny.”*

Pytanie nr 10:

Wnosimy o wykreślenie słowa „rozpoczętą” przy pojęciu usługi wykonanej w pkt. 4.1 SWZ, gdyż obecnie sformułowany zapis jest niezgodny z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23grudnia 2021r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, a także orzecznictwem KIO. Wykonawca może bowiem przedstawić usługę rozpoczynającą się wcześniej niż w okresie trzech lat przed terminem otwarcia ofert, której wykonana część wyniosła co najmniej 150 0000 brutto i była wykonana nieprzerwanie w okresie następującym po sobie 12 miesięcy i zakończoną w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu otwarcia ofert.

Odpowiedź na pytanie nr 10:

Odpowiedź jak na pytanie nr 9.

Pytanie nr 11:

Prosimy o wskazanie obiektywnego uzasadnienia dlaczego Zamawiający ustalił szczególny sposób spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zamawiający wymaga, aby w zakresie doświadczenia co najmniej jeden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wykonał wszystkie wymagane „usługi”. Zgodnie z ustawą Pzp tak postawiony warunek musi być uzasadniony charakterem zamówienia i być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Z SWZ nie wynika, aby warunek ten został spełniony. Zamawiający narusza tym samym zasadę równego traktowania wykonawców dyskryminując wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Prosimy zatem o potwierdzenie, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą wykazać na spełnienie warunki usługi realizowane w ramach konsorcjum firm, które składa ofertę w nn. postępowaniu.

Odpowiedź na pytanie nr 11:

Kwestia możliwości łączenia przez członków konsorcjum swoich potencjałów na potwierdzenie spełnienia postawionego warunku w zakresie posiadanego doświadczenia była przedmiotem rozstrzygnięcia kilkunastu orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 29 listopada 2016 r. (sygn. akt KIO 2169/16), prezentującym zdecydowanie przeważającą linię orzeczniczą „łączenie potencjałów poprzez tworzenie konsorcjum nie może polegać tylko na prostym sumowaniu wartości takich, jak np. liczba zrealizowanych usług przez podmioty tworzące konsorcjum. Odpowiednie zastosowanie art. 23 p.z.p. nie może sprowadzać się do bezrefleksyjnego sumowania różnych elementów postawionych w ramach jednego warunku. Takie działanie prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. (...) (w/w zachowuje aktualność na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych). W

niniejszym postępowaniu, Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w zrealizowaniu co najmniej trzech usług. Powyższe oznacza, że oczekiwał wykazania się przez wykonawców krotnością, a więc powtarzalnością w wykonywaniu usługi o oczekiwanym zakresie, a tym samym biegłością w jej realizacji. Owa krotność (w tym przypadku trzykrotność) wyraża stopień zaawansowania doświadczenia wykonawcy. Zatem zrealizowanie jednej czy dwóch usług zostało przez Zamawiającego uznane za niewystarczające dla realizacji zamówienia i z tego względu, w treści warunku wiedzy i doświadczenia wymagał, aby wykonawcy posiadali doświadczenie w zrealizowaniu nie jednej, lecz co najmniej trzech usług. Zamawiający uprawniony był do postawienia takiego wymogu. Zgodnie z utrwalonymi poglądami doktryny i linią orzeczniczą KIO, fakt wykazania się przez różnych uczestników konsorcjum realizacją tylko po jednym zadaniu, oznacza brak wykazania wymaganego doświadczenia konsorcjum. Okoliczność, że wykonawcy stworzyli konsorcjum, nie oznacza automatycznie, że uzyskano podmiot, który posiada doświadczenie wymagane przez Zamawiającego. Innymi słowy – dwóch niedoświadczonych wykonawców tylko poprzez zawiązanie konsorcjum nie tworzy doświadczonego podmiotu. Nie powoduje powstania podmiotu, który posiada doświadczenie odpowiadające wielokrotnemu zrealizowaniu usługi.

Pytanie nr 12:

Czy dopuszcza się wniesienia wadium w poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2014 r. poz. 1804 oraz z 2015 r. poz. 978 i 1240).

Odpowiedź na pytanie nr 12:

Zamawiający wyjaśnia, że do form wnoszenia wadium zastosowanie ma wprost art. 97 ust. 7 ustawy Pzp, który w pkt. 4) przewiduje możliwość wniesienia wadium w formie poręczeń udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2019 r. poz. 310, 836, 1572). Wykonawca przekazuje Zamawiającemu oryginał takiego poręczenia w postaci elektronicznej.

Pytanie nr 13:

W związku z chęcią wzięcia przez nas udziału w przetargu na ochronę Akademii Muzycznej w Krakowie zgłaszamy wniosek o zmianę zapisów Specyfikacji Warunków Zamówienia. W rozdziale III pkt 4e istnieje zapis, iż usługa ochrony nie może być sprawowana przez osoby posiadające orzeczenie o niepełnosprawności. Naszym zdaniem jest to jawna dyskryminacja, która nie powinna mieć miejsca. W wykonywaniu usług ochrony dozwolony jest natomiast zapis, iż pracownicy wykonujący usługę ochronę powinni być sprawni fizycznie i psychicznie i posiadać ważne badania lekarskie.

Odpowiedź na pytanie nr 13:

Odpowiedź jak na pytanie nr 3. W ocenie Zamawiającego nie zachodzi przypadek dyskryminacji. Należy zauważyć, iż określenie przedmiotu zamówienia jest zarazem obowiązkiem jak i uprawnieniem zamawiającego. Jego określenie w sposób obiektywny, z zachowaniem zasad ustawowych, nie jest jednoznaczne z koniecznością zdolności realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 80/07, w którym "Izba stwierdziła, że Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców. Sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez Odwołującego nie wskazuje na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, skoro na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie lub w ramach konsorcjum, czemu Odwołujący nie zaprzeczył".

Ponadto Zamawiający działając w oparciu o art. 286 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” zawiadamia o zmianie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ):

1) Wykreśla się zdanie drugie w Rozdz. XIII pkt 22 ppkt 3 SWZ, w związku z czym w/w otrzymuje następujące brzmienie:

„3) W celu ewentualnej kompresji danych Zamawiający rekomenduje wykorzystanie jednego z rozszerzeń: .zip .7Z”

2) Pkt. 14.2) w rozdz. SWZ pn. „Postanowienia ogólne” otrzymuje następujące brzmienie:

„2) Zamawiający nie wymaga, aby Wykonawca składał dokumenty lub oświadczenia o braku podstaw wykluczenia odnoszące się do podwykonawcy, którym nie udostępnił swoich zasobów, **z zastrzeżeniem oświadczenia wstępnego, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp o braku podstaw wykluczenia w zakresie dotyczącym podwykonawcy.**”

Działając na podstawie art. 286 pkt 3 oraz 284 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający przedłuża termin składania ofert. Zmianie ulegają **pkt 1 i 8 w rozdz. SWZ pn. „Sposób oraz termin składania ofert. Termin otwarcia ofert”** otrzymując **poniższe brzmienie:**

1. Ofertę wraz z załącznikami należy umieścić na platformazakupowa.pl pod adresem Profilu Nabywcy **https://platformazakupowa.pl/pn/amuz_krakow** w myśl ustawy Pzp na stronie internetowej prowadzonego postępowania **do dnia 01.03.2021 r. do godziny 13:00.**

8. **Otwarcie ofert nastąpi** niezwłocznie po upływie terminu składania ofert, nie później niż następnego dnia po dniu, w którym upłynął termin składania ofert tj. **w dniu 01.03.2021 r. o godzinie 13:05 za pomocą platformy zakupowej https://platformazakupowa.pl/pn/amuz_krakow**

Pkt 1 w rozdz. SWZ pn. „Termin związania ofertą” otrzymuje poniższe brzmienie:

1. Wykonawca jest związany złożoną ofertą od dnia upływu terminu składania ofert do dnia 30.03.2021 r.

Dokonane wyjaśnienia i modyfikacja Specyfikacji Warunków Zamówienia wiążą Wykonawców z chwilą ogłoszenia treści niniejszego pisma.

Zamawiający na zasadzie art. 286 pkt 9 ustawy Pzp zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie, o którym mowa w art. 267 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Zgodnie z dyspozycją art. 284 pkt 6 i art. 286 pkt 7 ustawy Pzp niniejsze wyjaśnienia i zmiany SWZ zostają udostępnione na stronie internetowej prowadzonego postępowania: **https://platformazakupowa.pl/pn/amuz_krakow**

Załączniki:

1) Wzór umowy powierzenia – zaproponowany przez Wykonawcę zainteresowanego udziałem w postępowaniu do pytania nr 1.
pytania nr 2.