

Opole, 09.08.2021

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A; 02-676 Warszawa

ODWOŁANIE

Odwołujący:

MEGATHERM Sp. z o.o.
45-701 Opole, ul. Wrocławska 38
Regon: 161451462, NIP: 991-049-44-69

Reprezentowana przez

Judytę Sachaj

(pełnomocnik na podstawie prokury samoistnej)

Korespondencja
megatherm.opole@wp.pl
Tel. (77) 410-73-60

Zamawiający:

33. Baza Lotnictwa Transportowego
ul. Witkowska 8
62-430 Powidz
tel. 261 544 261
e-mail: 33bltr.przetargi@ron.mil.pl

Dane postępowania:

Nazwa postępowania „Obsługa kotłowni opalanych paliwem stałym zlokalizowanych na terenie 33. BLTr Powidz”

Adres strony internetowej prowadzonego postępowania, na którym zamieszczono SWZ:
<https://platformazakupowa.pl/transakcja/489159>

Numer postępowania w DUUE: 2021/S 144-382994

Numer postępowania nadany przez Zamawiającego 10/2021

Data zamieszczenia ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE: 28.07.2021

Data opublikowania dokumentów zamówienia: 28.07.2021

Z uwagi na termin opublikowania dokumentów zamówienia, który jest dniem powzięcia informacji stanowiących podstawę do wniesienia odwołania i przysługujący odwołującemu okres na wniesienie odwołania wskazuję, iż odwołanie jest wnoszone w terminie.

Działając w imieniu i na rzecz Odwołującego - spółki z ograniczoną odpowiedzialnością MEGATHERM z siedzibą w Opolu przy ul. Wrocławskiej 38 na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.; dalej: „Pzp”) wnoszę odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia naruszających ustawę Pzp, utworzonych przez Zamawiającego, którym jest 33. Baza Lotnictwa Transportowego w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z art. 132 ustawy Pzp na „Obsługę kotłowni opalanych paliwem stałym zlokalizowanych na terenie 33. BLTr Powidz”

Zarzuty:

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie

- art. 99 ust. 1 oraz z art. 16 Pzp w zw. z art. 433 ust 3 i 4 w związku z art. 29 § 1 pkt 5 Kodeksu pracy
- art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 353(1) w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp

Powyższe naruszenia powstały wskutek sporządzenia zapisów SWZ oraz wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 11 do SWZ a także zasad określania wynagrodzenia wykonawcy oraz postanowień umownych w sposób niejednoznaczny, uniemożliwiający przygotowanie i wycenę oferty oraz naruszający zasady współzycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciążający wykonawcę, a mianowicie,

1. §2 ust. 4 załącznika nr 11 do SWZ - wzór umowy, dalej „umowa” lub „wzór umowy” - Zamawiający we wzorze umowy wskazuje, iż „wykonawca zobowiązuje się, że czynności wchodzące w zakres obsługi kotłowni realizowanej w ramach niniejszej umowy(...)jeżeli nie będą wykonywane bezpośrednio przez przedsiębiorcę będącego Wykonawcą lub Podwykonawcą, to będą wykonywane przez osoby zatrudnione zarówno przez Wykonawcę lub Podwykonawcę wyłącznie na podstawie stosunku pracy w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2020 r., poz. 1320

Przy jednoczesnym wskazaniu, iż dokładny okres realizacji usługi nie jest gwarantowany ani precyzyjny, a termin realizacji usługi zależny jest zarówno od warunków pogodowych jak i wystąpienia ewentualnych napraw, poprzez wskazanie:

- §2 ust. 1 „Umowa zostaje zawarta na czas określony i obowiązuje strony od dnia podpisania umowy, jednak nie wcześniej niż od dnia 4 października 2021 r. do dnia 15 maja 2022 r.” z zastrzeżeniem, iż „o rozpoczęciu i zakończeniu sezonu grzewczego w okresie obowiązywania umowy wskazanym w ust. 1 decyduje Zamawiający na podstawie występujących temperatur zewnętrznych zgodnie z instrukcją „Przepisy o Gospodarce Paliwami Stałymi w Wojsku Kwat. Bud. 109/89”, w formie powiadomienia” (§2 ustęp 15 wzoru umowy)
Oraz
- §3 wzoru umowy „Zamawiający zastrzega sobie prawo do zawieszenia na określony czas obsługi kotłowni z powodu wyłączenia kotłowni z faktycznego użytkowania spowodowanego awarią”

Naruszenie skutkuje przerwaniem na wykonawców ryzyka związanego z kosztami stałymi i brakiem możliwości prawidłowej kalkulacji kosztów, z racji faktu, że wykonawcy i przyszły oferenci w tym odwołujący nie mają gwarancji przez jaki dokładnie okres ma być świadczona usługa, jakie otrzymają wynagrodzenie co w konkluzji skutkuje niemożliwością należytego oszacowania kosztów realizacji zamówienia.

Zamawiający żąda zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób świadczących usługi na cały okres realizacji umowy, przy jednoczesnym braku zagwarantowaniu wynagrodzenia na pokrycie kosztów pełnego zatrudnienia, i jednoczesnym wskazaniu, że okres świadczenia usług zależny jest od warunków pogodowych i ewentualnych napraw i remontów.

Taki sposób ukształtowania postanowień dokumentów zamówienia narusza przepis art. 433 pkt 3 i 4 Pzp, gdyż powoduje, że nie jest możliwym określenie minimalnej wartości zamówienia lub wielkości świadczenia stron, które z pewnością zostanie zrealizowane przez wykonawcę w okresie obowiązywania umowy. Narusza także zapisy kodeksu pracy, który stanowi iż „Umowa o pracę określa strony umowy, rodzaj umowy, datę jej zawarcia oraz warunki pracy i płacy, w szczególności (...) 5) termin rozpoczęcia pracy. (z art. 29 § 1 pkt 5 Kodeksu pracy) w związku z faktem wymagania przedłożenia dokumentacji osób zatrudnionych do realizacji umowy, przy jednoczesnym braku wskazania jednoznacznie terminu rozpoczęcia prac.

2. §6 ust 1 umowy poprzez wprowadzenie zapisu, iż „zapłata za wykonanie przedmiotu umowy określonego w § 1 niniejszej umowy, następować będzie w formie przelewu z rachunku Zamawiającego na rachunek bankowy Wykonawcy nr” co ograniczenia w przypadku podmiotów ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia możliwości rozliczania się z zamawiającym przez każdy z podmiotów za faktycznie zrealizowane na rzecz Zamawiającego usługi

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wnosi o:

- uwzględnienie odwołania;
- nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień SWZ i załączników do SWZ, w sposób uwzględniający argumentację odwołania zawartą w Uzasadnieniu, tj.:
 - Wprowadzenie do dokumentów zamówienia jednoznacznego postanowienia, zgodnie z którym wynagrodzenie będzie płatne fakturami miesięcznymi przez cały okres obowiązywania umowy tj, od **04.10.2021 do 15.05.2022 r** niezależnie od wyznaczenia przez przedstawiciela Zamawiającego terminu rozpoczęcia i zakończenia wytwarzania energii cieplnej;

Ewentualnie

Wykreślenie z dokumentów postępowania wymogu zatrudnienia palaczy na podstawie umowy o pracę

- Modyfikację §6 ust 1 umowy poprzez dopuszczenie wskazania w umowie rachunków każdego członka konsorcjum, a nie wyłącznie lidera lub poprzez zastosowanie zapisu

„zapłata za wykonanie przedmiotu umowy określonego w § 1 niniejszej umowy, następować będzie w formie przelewu z rachunku Zamawiającego na rachunek bankowy wskazany na fakturze/rachunku wystawionej przez wykonawcę lub członka konsorcjum”

- Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przypisanych, w tym zasądzenie kwoty uiszczzonego wpisu odwołania oraz zastępstwa procesowego.

Interes i szkoda:

Odwołujący przygotowuje ofertę, którą zamierza złożyć występując wspólnie z innymi podmiotami Zamawiającemu w określonym terminie. Interes we wniesieniu niniejszego odwołania polega na tym, że poprzez zamieszczenie w treści SWZ i załącznikach stanowiących integralną część dokumentacji zamówienia, postanowień naruszających przepisy Pzp, Zamawiający uniemożliwia Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia i przygotowanie oraz wycenę prawidłowej oferty, a tym samym, wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia mogą okazać się niemożliwe.

Wskazujemy, iż objęta odwołaniem czynność Zamawiającego prowadzi do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu złożenia oferty i ubiegania się o udzielenie zamówienia. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczna z ustawą ww. czynność Zamawiającego w sposób negatywny oddziałuje na możliwość uzyskania przed Odwołującego przedmiotowego zamówienia.

Uzasadnienie:

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie z art. 132 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. 2021 r. poz. 1129), którego przedmiotem jest wykonanie usługi w zakresie obsługi i konserwacji wskazanych poniżej kotłowni sezonowych, opalanych paliwem stałym, zlokalizowanych na terenie administrowanym przez 33. Bazę Lotnictwa Transportowego w Powidzu, tj.:

- kotłownia nr 4/budynek nr 81/6015,
- kotłownia nr 6/budynek nr 251/6015,
- kotłownia nr 17/budynek nr 232/6015,
- kotłownia nr 2/budynek nr 20/4204.

Do zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 oraz z art. 16 Pzp w zw. z art. 433 ust 3 i 4 w związku z art. 29 § 1 pkt 5 Kodeksu pracy

Zgodnie z treścią SWZ strona 5, część III ust. 4 Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie stosunku pracy, osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w ust. 2 pkt 4) - 12) SWZ stosownie do postanowień art. 95, art. 96, art. 438 Pzp.

Szczegółowe warunki realizacji zamówienia, w tym wymóg zatrudnienia na podstawie stosunku pracy oraz sankcje z tytułu niespełnienia tego wymogu, Zamawiający określił we „wzorze umowy”, stanowiącym załącznik nr 11 do SWZ.

§2 ust. 4 wzoru umowy w ślad za zapisami treści SWZ wskazuje, iż „wykonawca zobowiązuje się, że czynności wchodzące w zakres obsługi kotłowni realizowanej w ramach niniejszej umowy(...)jeżeli nie będą wykonywane bezpośrednio przez przedsiębiorcę będącego Wykonawcą lub Podwykonawcą, to będą wykonywane przez osoby zatrudnione zarówno przez Wykonawcę lub Podwykonawcę wyłącznie na podstawie stosunku pracy w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy.

Zamawiający nie dopuszcza, by umowa była realizowana w żadnym wypadku w ramach umów cywilnoprawnych.

Jednocześnie dokumenty zamówienia nie wskazują dokładnego okresu realizacji usługi - nie jest on gwarantowany ani precyzyjny, a termin realizacji usługi zależny jest zarówno od warunków pogodowych jak i wystąpienia ewentualnych napraw, czego dowodzą zapisy :

- §2 ust. 1 „Umowa zostaje zawarta na czas określony i obowiązuje strony od dnia podpisania umowy, jednak nie wcześniej niż od dnia 4 października 2021 r. do dnia 15 maja 2022 r.” z zastrzeżeniem, iż „o rozpoczęciu i zakończeniu sezonu grzewczego w okresie obowiązywania umowy wskazanym w ust. 1 decyduje Zamawiający na podstawie występujących temperatur zewnętrznych zgodnie z instrukcją „Przepisy o Gospodarce Paliwami Stałymi w Wojsku Kwat. Bud. 109/89”, w formie powiadomienia” (§2 ustęp 15 wzoru umowy)

Oraz

• §3 wzoru umowy „Zamawiający zastrzega sobie prawo do zawieszenia na określony czas obsługi kotłowni z powodu wyłączenia kotłowni z faktycznego użytkowania spowodowanego awarią”

Wskazuję w tym miejscu, iż Zamawiający

- Nie precyzuje dokładnego terminu rozpoczęcia świadczenia usług;
- Nie precyzuje dokładnego terminu zakończenia świadczenia usług;
- Dopuszcza możliwość późniejszego rozpoczęcia usług i wcześniejszego zakończenia w związku z warunkami atmosferycznymi
- Dopuszcza możliwość zawieszenia działania kotłowni w związku z remontem/naprawą
- Wymaga by zgodnie z §2 ust. 9 wzoru umowy Zatrudnienia osób świadczących usługę trwało w całym okresie wykonywania przedmiotu umowy, bez określenia dokładnego dnia rozpoczęcia. Fakt ten jest sprzeczny z ustawą pzp oraz Kodeksem pracy, albowiem Kodeks pracy wyraźnie reguluje obowiązki pracodawcy w zakresie tego, co obejmować winna umowa o pracę tj. „Umowa o pracę określa strony umowy, rodzaj umowy, datę jej zawarcia oraz warunki pracy i płacy, w szczególności (...) 5) termin rozpoczęcia pracy. (z art. 29 § 1 pkt 5 Kodeksu pracy). W przypadku braku wskazania w umowie daty rozpoczęcia pracy, za dzień jej rozpoczęcia uznaje się dzień podpisania umowy.

Powyższe zapisy powodują naruszenie zasady współzycia społecznego i równowagi stron umowy oraz nadmiernie obciążają wykonawcę, nie gwarantując tym samym, że Zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie należne w związku z postawionym przez siebie wymogiem zatrudnienia palaczy.

Koszty zatrudnienia pracowników są głównym kosztem realizacji przedmiotowego kontraktu Zamawiający żąda by wykonawca najpóźniej w dniu podpisania umowy przedłożył „Wykaz pracowników realizujących usługę” w ramach zatrudnienia na podstawie umów o pracę (część XIX SWZ ust. 8)

Co zasługuje na uwagę, zamawiający w ten sposób sformułował treść dokumentów zamówienia, że pomimo zobowiązania związanego z zatrudnieniem pracowników w ramach umowy o pracę, nie znanego i nie precyzyjnego okresu rozpoczęcia i zakończenia usługi, zamierza zapłacić wykonawcy WYŁĄCZNIE za ilość DOB faktycznie zrealizowanej usługi (§4 ust 1 wzoru umowy: Za wykonanie przedmiotu zamówienia Wykonawca otrzyma wynagrodzenie stanowiące iloczyn ceny obsługi kotłowni za 1 dobę, wynikającej z wyceny ofertowej złożonej przez Wykonawcę stanowiącej załącznik nr 1 do niniejszej umowy, oraz ilości dób, w których obsługa ta rzeczywiście nastąpi.)

Nadto, zamawiający określa lakonicznie, iż umowa zostanie zawarta na czas określony i obowiązywać będzie strony od dnia podpisania umowy, jednak nie wcześniej niż od dnia 4 października 2021 r. do dnia 15 maja 2022 r, lecz minimalna gwarantowana wartość zamówienia stanowi równowartość 30 dni obsługi każdej kotłowni (§4 ust 2 wzoru umowy)

Powyższe prowadzi do sytuacji, w której w związku z faktem iż przedmiot zamówienia opisany jest w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez wskazania dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń w tym terminów realizacji usługi, nie uwzględnia on wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty.

Skutkuje to przerzuceniem na wykonawcę pełnych kosztów zatrudnienia, bez zagwarantowania należnego wynagrodzenia w związku z tak postawionymi wymaganiami.

Dla zobrazowania wskazujemy podstawową kalkulację, z której wynika jaki jest koszt dobowy wykonawcy , przy obecnych zapisach SWZ z uwzględnieniem faktu, iż palacze są osobami dysponującymi odpowiednimi uprawnieniami i wynagrodzenie jakie należy kalkulować do oferty nie może być mniejsze niż półtorakrotność najniższego wynagrodzenia krajowego.

MEGATHERM Sp. z o.o.
45-701 Opole, ul. Wrocławska 38
Regon: 161451462, NIP: 991-049-44-69

	nr budynku/kotłowni	ilość palaczy na zmianie	łączy wymiar etatu w skali miesiąca (30 dni)
1	81/4	1	4,3
2	251/6	1	4,3
3	232/17	1	4,3
4	20/2	2	8,6

21,5

Łączny wymiar zatrudnienia do obsługi całego kontraktu w skali jednego miesiąca (30 dni) wynosi 21,5 etatu

Wartość etatów w przeliczeniu na jeden dzień roboczy obejmujący obsługę wszystkich kotłowni wynosi

$$21,5/30 = 0,72$$

Minimalny koszt 1 etatu palacza uwzględniający wszystkie obligatoryjne koszty ponoszone przez pracodawcę w tym dodatek za godziny nocne oraz ekwiwalent za urlop to wynosi ok 5919,00 zł (obliczono przyjmując, iż minimalne wynagrodzenie za pracę w roku 2021 wynosi 3946,00zł)

Zatem obliczając dobowy koszt obsługi przedmiotowego kontraktu (czterech kotłowni) przy wskazaniu kosztu płacy wynagrodzenia za pracę palaczy wynosi 4261,68zł (z rachunku matematycznego $0,72 \text{ zł} * 5919,00 \text{ zł} = 4261,68\text{zł}$)

Mając na uwadze co wskazano powyżej, że Zamawiający nie określa dokładnie terminu realizacji umowy, i gwarantuje wypłacenie wynagrodzenia wyłącznie za poszczególne doby, w których świadczy się usługę palenia, dochodzi do sytuacji, w której obciąża się wykonawcę kosztem zatrudnienia palaczy, bez zagwarantowania wynagrodzenia na jego pokrycie. Ponadto brak wskazanego precyzyjnie terminu realizacji kontraktu uniemożliwia podpisanie umów o pracę z palaczami kotłowni zgodnie z obowiązującymi regulacjami prawnymi. W przypadku umów o pracę zawieranych na czas określony, pracodawca zobowiązany jest w sposób precyzyjny i jednoznaczny ustalić okres przez który pracownik będzie zobowiązany do świadczenia pracy.

Powyższe narusza wskazane przepisy ustawy Pzp oraz przepisy kodeksu pracy. Istotnym jest aby Wykonawca biorąc na siebie zobowiązanie w postaci zawartych z pracownikami umów o pracę otrzymał ryczałtowe wynagrodzenia w całym okresie obowiązywania umowy. Wnoszę o doprecyzowanie zasad wypłaty wykonawcy wynagrodzenia zgodnie z żądaniem odwołania. Tylko takie ukształtowanie postanowień wzoru umowy zagwarantuje, że wykonawca otrzyma wynagrodzenie, które pozwoli na pokrycie kosztów przygotowania do świadczenia usług.

- Do zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 353(1) w. zw. z art. 5 oraz art. 487 § 2 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp

Wnosimy o wprowadzenie postanowienia, które umożliwi, aby każdy z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum wystawiał Zamawiającemu osobną fakturę VAT.

Odwołujący zamierza złożyć ofertę jako członek konsorcjum. Wynika to z faktu braku podziału zamówienia na części a przedmiotem zamówienia jest kilka różnych kotłowni.

W skład konsorcjum jakie zostanie zawiązane, wchodzić mogą podmioty powiązane ze sobą kapitałowo lub rodzinnie co jest prawnie dozwolone. Każdy z tych podmiotów będzie świadczył usługę dla zamawiającego.

Przy obecnie sformułowanych zapisach wzoru umowy ograniczających możliwość wystawienia faktury wyłącznie przez jeden podmiot dochodzi do sytuacji, w której wykonawca jest niejako zmuszony do łamania prawa podatkowego. W sytuacji, w której konsorcjanci są podmiotami powiązanymi (kapitałowo lub rodzinnie), i łączą swój potencjał by móc wziąć udział w postępowaniu, nie mogą oni wzajemnie wystawiać sobie faktur za wykonany przez siebie przedmiot zamówienia, bowiem dochodzi wówczas do powstania cen transferowych, których stosowanie w takim wypadku jest niezgodne z prawem.

Do ustalania cen transferowych dochodzi w momencie występowania transakcji między podmiotami powiązanymi. Ceny transferowe są uznawane przez organy kontroli za narzędzie służące do przenoszenia dochodów pomiędzy podmiotami powiązanymi i są często elementem strategii uchylania się lub unikania opodatkowania, poprzez wykorzystanie luk oraz niedopasowania regulacji podatkowych.

Istnieje bardzo duże ryzyko, iż podjęcie ewentualnej kontroli przez organy podatkowe tak rozliczanego przedsięwzięcia, zostanie zinterpretowane na niekorzyść wykonawcy. W efekcie przedsiębiorcy wchodzący w skład konsorcjum zostaną ukarani wysokimi sankcjami, mimo braku zawinienia, tylko z powodu ograniczenia we wzorze umowy możliwości rozliczenia się przez każdego członka konsorcjum za wykonaną przez niego usługę.

Zmuszenie wykonawcy do podjęcia takiego ryzyka, z jakim się wiąże rozliczanie między konsorcjantami czynności wykonanych faktycznie dla Zamawiającego w ramach przedmiotowego zamówienia, przy czym tylko występując wspólnie spełniają warunki udziału w postępowaniu, narusza zasady współżycia społecznego i równowagę stron umowy oraz nadmiernie obciąża to wykonawcę konsekwencjami, jakie wynikają z ewentualnego uznania organów kontroli takiego fakturowania za niesłuszny. Te bowiem zarzucić mogą każdemu z członków konsorcjum naruszenie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych („PIT”) oraz o podatku dochodowym od osób prawnych („CIT”).

Nadto zgodnie z art. 58 ust. 1 Pzp i art. 117 ust. 4 Pzp wykonawca posiada pełną dowolność w kreowaniu składu konsorcjum oraz w podziale obowiązków pomiędzy poszczególnymi członkami konsorcjum (przy uwzględnieniu wymogu wynikającego z art. 117 ust. 3 Pzp). Każdy z tych konsorcjantów może także zgodnie z prawem być opodatkowany w różny sposób (skala podatkowa, podatek liniowy, ryczałt od przychodów ewidencjonowanych, karta podatkowa). W takiej sytuacji fakturowanie między członkami konsorcjum również jest niezgodne z prawem, a obecne zapisy wzoru umowy zmuszają wykonawcę będącego członkiem konsorcjum do jego naruszenia.

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 rozliczenia 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 podatek 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 stwierdzono: „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.”

Reasumując należy uznać, iż wskazane zapisy w dokumentach postępowania Zamawiającego są nieprawidłowe i bezspornie naruszają przepisy ustawy Pzp, z związku z czym niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie, dlatego wnoszę jak w petitum.

Załączniki:

Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.

Odpis z KRS;

Potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania