



CKK/PW/84/2019/MB

Toruń, dnia 31 lipca 2019 r.

Zamawiający

Centrum Kulturalno-Kongresowe Jordanki sp. z o.o.
w Toruniu
Al. Solidarności 1-3
87-100 Toruń

<http://bip.jordanki.torun.pl/index.php/zamowienia-publiczne/14-000-200-000-eur/121-usluga-ochrony-fizycznej-2019-2>

Odpowiedzi na pytania do SIWZ

Zamawiający informuje, że na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018r. poz. 1986 z późn. zm., dalej jako: „p.z.p.”) do Zamawiającego został skierowany wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ przygotowanej w związku z prowadzonym przez Centrum Kulturalno-Kongresowe Jordanki sp. z o.o. postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego **na usługę ochrony fizycznej Centrum Kulturalno – Kongresowego Jordanki w Toruniu na okres 12 miesięcy** o wartości zamówienia poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych CKK/1/2019.

Zgodnie z art. 38 ust. 2 pzp Zamawiający przekazuje treść zapytań wraz z wyjaśnieniami:

PYTANIE 1:

W związku z zapisami SIWZ proszę o informację, na jakiej podstawie Zamawiający nie dopuszcza udziału podwykonawców w realizacji zamówienia w zakresie działania grupy interwencyjnej.

Zastrzeżenie Zamawiającego zakazujące podwykonawstwa powoduje, że Zamawiający faworyzuje obecnie świadczącego Wykonawcę, który spełnia wymagania Zamawiającego i nie musi korzystać z usług podwykonawcy w zakresie grup interwencyjnych.

Ponadto Zamawiający mógłby zakazać podwykonawstwa w zakresie kluczowej części zamówienia tj. wykonania stałej usługi ochrony, natomiast nie dopuszczenie podwykonawstwa w zakresie grup interwencyjnych powoduje sytuację, że każdy Wykonawca który nie posiada patroli interwencyjnych znajdujących się w pobliżu obiektów Zamawiającego będzie zmuszony do policzenia dwóch dedykowanych patroli tj. kosztu około 60 tys zł miesięcznie, co spowoduje że oferta danego Wykonawcy będzie nie konkurencyjna.

Centrum Kulturalno-Kongresowe Jordanki Sp. z o. o.

87-100 Toruń, Al. Solidarności 1-3

NIP 956-230-33-83; REGON 341431434

KRS 0000463590, Sąd Rejonowy w Toruniu VII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego

tel. (56) 643 19 20; e-mail: biuro@jordanki.torun.pl

Każda firma która będzie kalkulowała postawienie 2 patroli interwencyjnych na pewno przekroczy wartość szacunkową jaką Zamawiający ma przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i tu następuje ograniczenie potencjalnych Wykonawców oraz naruszenie zasad współżycia społecznego.

Ponadto należy zauważyć, że usługa patroli interwencyjnych to niecałe 5% wartości całego zamówienia.

Wobec powyższego wnosimy o dopuszczenie w realizacji zamówienia podwykonawstwa w zakresie podjazdów patroli interwencyjnych.

Odpowiedź:

Zamawiający dopuszcza w realizacji zamówienia podwykonawstwa w zakresie pojazdów patroli interwencyjnych i dokonuje modyfikacji treści pkt. 9 Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ:

„9. Wykonawcy zobowiązany jest do zapewnienia gotowości do podjęcia działań przez grupę interwencyjną składającą się z dwóch pracowników ochrony posiadających uprawnienia kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej - będącą w dyspozycji Wykonawcy w czasie 10 minut od zgłoszenia w porze nocnej oraz 15 minut od zgłoszenia w porze dziennej. Wezwanie może być zrealizowane poprzez bezpośredni kontakt z centralą alarmową lub poprzez wyzwolenie przycisku tzw. „antynapadówki”.

Zamawiający zastrzega sobie możliwość próbnego wezwania grupy interwencyjnej maksymalnie dwa razy w ciągu jednego okresu rozliczeniowego.”.

PYTANIE 2:

Pytanie dot. paragrafu 9, pkt. 5. Działając na podstawie art. 38 ust 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych, wnoszę o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez dookreślenie zasad realizacji przez Zamawiającego obowiązku wynikającego z art. 142 ust 5.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w treści obowiązującej po dniu 19 października 2014r. nakazują, aby umowa zawierała postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany:

- 1) stawki podatku od towarów i usług,*
- 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,*
- 3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne*
- 4) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa*

w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych

- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonywania zamówienia przez wykonawcę.

(art. 142 ust. 5).

Uzasadnieniem ratio legis – zgodnie z wolą ustawodawcy – przywołanego przepisu art. 142 ust 5 ustawy Prawo zamówień publicznych było m.in., że: „w praktyce zamawiających właściwie nieobecne było włączanie do wzorów umów tzw. klauzul waloryzacyjnych. Przygotowana przez zamawiających treść wzorów (projektów) umów, nie pozwalała na uwzględnienie w ostatecznych rozliczeniach nawet znacznych, niezależnych od wykonawców, zmian kosztów wykonania zamówienia, zwłaszcza dotyczących zmian wysokości obciążeń publicznoprawnych. W efekcie, przy niewysokich marżach, pozornie niewielka zmiana np. podatku od towarów i usług (VAT) powodowała utratę marży, a w konsekwencji prowadziła

do pogorszenia sytuacji finansowej przedsiębiorcy. Powyższe prowadziło do znacznego ograniczania przez przedsiębiorców kosztów wykonania zamówienia. Ponadto, skutki dotyczące zmian wynagrodzenia odczuwają także pracownicy, przy czym jednocześnie zamawiający są narażeni na pogorszenie jakości wykonywanego zamówienia, np. przez zastąpienie materiałów potrzebnych do wykonania zamówienia materiałami tańszymi, które zazwyczaj są materiałami niższej jakości. Zniwelowanie powyższych działań może nastąpić dzięki wprowadzeniu zasady obowiązku wprowadzania do umów zapisów dotyczących odpowiedniej zmiany wysokości wynagrodzenia w ściśle określonych przypadkach.

Stąd wolą ustawodawcy stało się, aby w umowach zawartych w wyniku rozstrzygnięcia postępowań wszczętych po dniu 19.10.2014 r., Zamawiający określał kiedy i na jakich zasadach zwaloryzuje umowę, jeśli zajdzie jedna z przesłanek wskazanych w art. 142 ust 5 ustawy PZP. Pokreślić należy, iż nie chodzi o wpisywanie konkretnych kwot waloryzacji, nie znanych przecież także Zamawiającemu, ale określenie jasnych mechanizmów waloryzacji w razie wystąpienia którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 142 ust 5 PZP. Dodatkowo wskazać należy, że z dniem 1 września 2016 r. treść art. 142 ust. 5 uległa zmianie w wyniku nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z dnia 17.08.2016 r. poz. 1265). Mając na uwadze powyższe, wnoszę o wprowadzenie do siwz wymaganych w art. 142 ust 5 ustawy zapisów, precyzujących, iż wartość wynagrodzenia wykonawcy ulega zmianie z dniem zaistnienia (w szczególności w wyniku zmiany ustawy lub innego aktu prawnego) którejkolwiek ze zmian, o których mowa w art. 142 ust 5 ustawy PZP.

Wnioskujemy zatem o wprowadzenie do wzoru umowy poniższych zapisów:

[Waloryzacja wynagrodzenia]

„1. Strony postanawiają, iż dokonają w formie pisemnego aneksu zmiany wynagrodzenia w wypadku wystąpienia którejkolwiek ze zmian przepisów wskazanych w art. 142 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, tj. zmiany:

- a. stawki podatku od towarów i usług,
 - b. wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
 - c. zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.
 - d. zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych
2. Zmiana wysokości wynagrodzenia obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian o których mowa w ust. 1.

3. W wypadku zmiany, o której mowa w ust. 1 lit. a) wartość netto wynagrodzenia Wykonawcy nie zmieni się, a określona w aneksie wartość brutto wynagrodzenia zostanie wyliczona na podstawie nowych przepisów.

4. W przypadku zmiany, o której mowa w ust 1 lit. b) wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie

o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy wynikającą ze zwiększenia wynagrodzeń osób bezpośrednio wykonujących zamówienie do wysokości zmienionego minimalnego wynagrodzenia albo do wysokości zmienionej minimalnej stawki godzinowej, z uwzględnieniem wszystkich obciążeń publicznoprawnych, wynikających z tych zmian

5. W przypadku zmiany, o którym mowa w ust 1 lit. c) wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie

o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy, jaką będzie on zobowiązany dodatkowo ponieść

w celu uwzględnienia tej zmiany, przy zachowaniu dotychczasowej kwoty netto wynagrodzenia osób bezpośrednio wykonujących zamówienie na rzecz Zamawiającego.

6. Za wyjątkiem sytuacji o której mowa w ust. 1 lit. a), wprowadzenie zmian wysokości wynagrodzenia wymaga uprzedniego złożenia przez Wykonawcę oświadczenia o wysokości dodatkowych kosztów wynikających z wprowadzenia zmian, o których mowa w ust 1 litera b) i c)."

Odpowiedź:

1. Zamawiający wyjaśnia, iż przedmiotowe zamówienie udzielane jest na okres 12 miesięcy. Zgodnie z art. 142 ust. 5 PZP obowiązek zawarcia postanowień o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany m.in. d. zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych dotyczy umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy w związku z czym powyższy przepis nie znajduje zastosowania do niniejszego postępowania.
2. Zamawiający dokonuje modyfikacji treści §9 ust. 5 Załącznika nr 9 do SIWZ – wzoru umowy:

„5. W przypadku zmiany:

- a. stawki podatku od towarów i usług,*
- b. wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,*
- c. zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne."*

oraz w §9 po ust. 5 dodaje ust. 6-10:

„6. Zmiana wysokości wynagrodzenia dokonana na podstawie §9 ust. 5 obowiązywać będzie od dnia wejścia w życie zmian, o których mowa w ust. 5. Powyższa zmiana dotyczyć będzie jedynie okresu od dnia wejścia w życie zmian, o których mowa w ust 5 do dnia zakończenia obowiązywania umowy.

7. W wypadku zmiany, o której mowa w ust. 5 lit. a wartość netto wynagrodzenia Wykonawcy nie zmieni się, a określona w aneksie wartość brutto wynagrodzenia zostanie wyliczona na podstawie nowych przepisów.

8. W przypadku zmiany, o której mowa w ust 5 lit. b wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy wynikającą ze zwiększenia wynagrodzeń osób bezpośrednio wykonujących zamówienie do wysokości zmienionego minimalnego wynagrodzenia albo do wysokości zmienionej minimalnej stawki godzinowej.

9. W przypadku zmiany, o którym mowa w ust 1 lit. c wynagrodzenie Wykonawcy ulegnie zmianie o wartość wzrostu całkowitego kosztu Wykonawcy, jaką będzie on zobowiązany dodatkowo ponieść w celu uwzględnienia tej zmiany, przy zachowaniu dotychczasowej kwoty netto wynagrodzenia osób bezpośrednio wykonujących zamówienie na rzecz Zamawiającego.

10. Warunkiem dokonania zmiany wysokości wynagrodzenia na podstawie ust. 5 lit. b lub c jest złożenie wniosku o zmianę wynagrodzenia zawierającego odpowiednie wyliczenia w odniesieniu do rzeczywistego wpływu dokonanej zmiany na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę. Zamawiający zastrzega sobie prawo zwrócenia się z wnioskiem o wyjaśnienie podstaw dokonanych wyliczeń.

11. W przypadku braku odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w ust. 10 w terminie 7 dni od dnia doręczenia wezwania lub wystąpienia uzasadnionych wątpliwości w zakresie

Centrum Kulturalno-Kongresowe Jordanki Sp. z o. o.

87-100 Toruń, Al. Solidarności 1-3

NIP 956-230-33-83; REGON 341431434

KRS 0000463590, Sąd Rejonowy w Toruniu VII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego

tel. (56) 643 19 20; e-mail: biuro@jordanki.torun.pl

dokonanych wyliczeń Zamawiający jest uprawniony do odmowy uwzględnienia wniosku, o którym mowa w ust. 10. Wówczas strony podejmą negocjacje w celu zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy”.

W pozostałym zakresie Zamawiający nie dokonuje zmian postanowień SIWZ.

PYTANIE 3:

Uprzejmie proszę o wyjaśnienie czy Zamawiający dopuszcza waloryzację wynagrodzenia umownego

o wskaźnik wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych?

Zamawiający nie zamieścił w umowie ani w zasadniczej części siwz zapisów dotyczących waloryzacji wynagrodzenia w innych okolicznościach niż wynikające z art. 142 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie zamawiający nie wykluczył zmian do umowy dokonywanych w oparciu o art. 144 ustawy pzp. Wobec powyższego, mając na uwadze długi okres realizacji zamówienia (.... lata) oraz dynamikę wzrostu cen towarów i usług – (Ceny towarów i usług konsumpcyjnych w maju 2019 r.

w stosunku do poprzedniego miesiąca, wzrosły o 0,2% (przy wzroście cen towarów – o 0,6% i spadku cen usług – o 0,9%). W porównaniu z analogicznym miesiącem ub. roku ceny towarów i usług konsumpcyjnych wzrosły o 2,4% (w tym usług – o 3,3% i towarów – o 2,0%)) - dążąc do ustalenia optymalnej ceny za wykonanie przedmiotowej usługi (tj. bez zbędnego podnoszenia ceny ofertowej o rezerwę na wypadek ewentualnego dalszego wzrostu cen produktów, surowców, materiałów oraz energii) prosimy

o wprowadzenie do umowy zapisu o treści: „Strony ustalają, że wynagrodzenie za przedmiot podlega raz do roku (w pierwszym kwartale każdego rozpoczętego roku realizacji umowy) waloryzacji według wskaźnika wzrostu cen, publikowanego przez GUS w Biuletynie Statystycznym. Waloryzacja będzie naliczana od dnia 20....r. Naliczenie waloryzacji następuje wskaźnikiem za rok poprzedni.”.

Odpowiedź:

Zamawiający nie dopuszcza waloryzacji wynagrodzenia umownego o wskaźnik wzrostu cen towarów i usług konsumpcyjnych. Postanowienia SIWZ pozostają bez zmian.

PYTANIE 4:

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."

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 podmiotu wchodzącego w skład konsorcjum. Zgodnie z zasadą – Konsorcjum ponosi odpowiedzialność solidarną wobec Zamawiającego, a Zamawiający zobowiązany jest do zapłaty wynagrodzenia za wykonaną usługę lub dostawę każdemu z członków konsorcjum wg ustalonego w umowie wynagrodzenia. Jest zatem w pełni uzasadnione i konieczne ze względu na przepisy prawa podatkowego, aby wynagrodzenie należne Wykonawcy, będącemu konsorcjum firm, było płatne zgodnie z fakturami VAT, wystawionymi przez każdego z członków konsorcjum realizujących usługę na kwoty, które w sumie stanowią wysokość miesięcznego wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy.

Odpowiedź:

Zamawiający nie potwierdza, iż wyraża zgodę, aby każda z firm wchodząca w skład konsorcjum firm wystawiała Zamawiającemu osobną fakturę VAT. Zamawiający oczekuje zgodnie z § 4 ust 3 Załącznika nr 9 do SIWZ wystawienia oddzielnej faktury za każdy miesiąc wykonywania usługi. Zamawiający wyjaśnia, iż instytucja wskazana w art. 38 ustawy prawo zamówień publicznych, umożliwia zwracanie się wykonawcy do zamawiającego w celu uzyskania wyjaśnień co do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający wskazuje, iż w żadnym z punktów specyfikacji nie wskazał by „wyrażał zgodę, aby każda z firm wchodzących w skład konsorcjum wystawiała zamawiającemu osobną fakturę VAT”. Wobec powyższego Zamawiający nie widzi podstaw do udzielenia Wykonawcy „potwierdzenia” jakiego domaga się we wskazanym pytaniu. Tym bardziej iż nie wskazał on jaki punkt specyfikacji nasuwa jego wątpliwości.

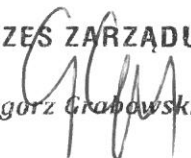
Ewentualna ocena możliwości odrębnego wystawiania faktur VAT przez członków konsorcjum wymagałaby znajomości łączącej ich umowy. Zamawiający wyjaśnia, iż zgodnie z art. 23 ust 4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych Zamawiający na obecnym etapie postępowania nie może żądać umowy łączącej konsorcjantów. Zadane zaś pytanie – prowadzi zatem do tego, by Zamawiający wypowiedział się w sposób wiążący co do kwestii podatkowych bez znajomości stanu faktycznego. Zamawiający wskazuje bowiem, iż w znanych mu interpretacjach podatkowych, wyraźnie wskazano, iż faktury winien wystawiać lider konsorcjum:

- a. w interpretacji podatkowej IPPP1/443-377/13-2/AS z dnia 2013.07.08 wskazano iż: „*stanowisko Spółki przedstawione we wniosku z dnia 16.04.2013 r. (data wpływu 24.04.2013 r.) o udzielenie pisemnej interpretacji przepisów prawa podatkowego dotyczącej podatku od towarów i usług w zakresie prawidłowości rozliczeń konsorcjum odnośnie wystawienia faktury przez Lidera na 100% zamówienia - jest prawidłowe*”.
- b. w interpretacji z 12.05.2017 r. 2461-IBPP2.4512. 72.2017.2.WN dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej zajął stanowisko, zgodnie z którym jedynie lider konsorcjum ma prawo wystawiać faktury dla zamawiającego. Następnie, pozostali konsorcjanci zobligowani są do wystawienia faktury dla lidera za wykonane przez siebie roboty. W takiej sytuacji mamy do czynienia z odsprzedażą usług, a w konsekwencji należy uznać, że członek konsorcjum występuje jako podwykonawca lidera.

Wobec powyższego, jak i faktu, iż zgodnie z przepisami regulującymi wystawianie faktur VAT, nie ma przeszkód by na jednej fakturze uwzględnić kilka usług, co do których zastosowanie mają różne stawki VAT (za której prawidłowe ustalenia odpowiada wystawca faktury), należało odpowiedzieć jak powyżej.

Zamawiający dołączy wyjaśnienia do specyfikacji istotnych warunków zamówienia i będą one stanowić integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ponadto Zamawiający informuje, iż dokonane zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nieprowadzące do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu nie wymagają dodatkowego czasu na wprowadzenie zmian w ofertach, w związku z czym Zamawiający nie przedłuża terminu składania ofert.

PREZES ZARZĄDU

Grzegorz Grabowski