

WYROK
z dnia 26 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 25 sierpnia 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2021 r. przez wykonawcę **ANN-POL Inwestycje 3 – sp. z o.o., z siedzibą w Opolu**, w postępowaniu prowadzonym przez **44 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Krośnie Odrzańskim**,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 353¹ w zw. z art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie §2 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy, §12 ust. 4 wzoru umowy, §4 ust. 16 oraz §11 ust. 5 wzoru umów, Rozdziału 3 pkt 3.6 Opisu Przedmiotu Zamówienia, §14 ust. 1 wzoru umowy.
 2. Uwzględnia odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 353¹ w zw. z art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie Rozdziału 9 pkt 5 Specyfikacji Warunków Zamówienia i nakazuje zamawiającemu wykreślenie postanowienia, które obliuguje wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia do wskazania w treści umowy konsorcjum wyłączenie jednego członka konsorcjum lub jednego wspólnika spółki cywilnej z którym będą prowadzone rozliczenia za wykonanie przedmiotu zamówienia przez cały okres realizacji umowy, a w konsekwencji zmodyfikowanie również pozostałych postanowień dokumentów zamówienia.
 3. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie obciąża zamawiającego **44 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Krośnie Odrzańskim**:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ANN-POL Inwestycje 3 – sp. z o.o., z siedzibą w Opolu** tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od zamawiającego **44 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Krośnie Odrzańskim** na rzecz na rzecz wykonawcy **ANN-POL Inwestycje 3 – sp. z o.o., z siedzibą w Opolu** kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu od odwołania.
- Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:.....

UZASADNIENIE

W dniu 5 lipca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy **ANN-POL INWESTYCJE 3 - sp. z o.o.** (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu **44 Wojskowemu Oddziałowi Gospodarczemu w Krośnie Odrzańskim** (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 353(1) w zw. z art. 5 oraz art. 487 §1 Kodeksu cywilnego w związku z art. 8 ust. 1 Pzp poprzez sporządzenie Wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 7 do SWZ oraz opisanie przedmiotu zamówienia, 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, w zakresie w jakim w:

- 1) ust. 9 pkt 5 SWZ Zamawiający nakłada na wykonawców obowiązek wskazania w umowie regulującej współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wyłącznie jednego członka konsorcjum lub jednego wspólnika spółki cywilnej, z którym prowadzone będą rozliczenia za przedmiot zamówienia przez cały okres realizacji umowy;
- 2) §2 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 7 do SWZ zgodnie z którym w zakres obowiązków wykonawcy dotyczących eksploatacji kotłowni, armatury grzewczej i instalacji ciepłej wchodzi „przekazanie Zamawiającemu wykazu osób delegowanych do każdej kotłowni w terminie 5 dni przed rozpoczęciem każdego miesiąca dla każdej kotłowni. Wykaz powinien zawierać nazwiska i imiona osób na każdej zmianie w okresie miesiąca. W przypadku konieczności zmian danych w wykazie Wykonawca zobowiązany jest zgłosić je najpóźniej w terminie 1 dnia roboczego od dnia uzyskania informacji o okolicznościach wymagających wprowadzenia tych zmian, w formie elektronicznej i telefonicznej zgodnie z opisem zawartym w OPZ w pkt 5.5 ppkt 3. Nie dostarczenie wykazów w terminie lub praca obsługi kotłowni niezgodnie z dostarczonymi wykazami (bez zgłoszenia tego faktu Zamawiającemu) będzie podstawą do naliczenia kar umownych. W celu możliwości realizacji przedmiotu umowy od dnia 04 października 2021 r. pierwsze wykazy osób (uwzględniające realizację przedmiotu zamówienia w miesiącu październiku 2021 r.) Wykonawca dostarczy w terminie 5 dni roboczych przed datą wyznaczoną przez Zamawiającego na podpisanie umowy;
- 3) §12 ust. 4 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 7 do SWZ, Wykonawca zobowiązany jest z wyprzedzeniem, co najmniej - 7 dniowym uzgadniać wszelkie zmiany osobowe, jakie nastąpią w trakcie trwania niniejszej umowy oraz uaktualniać wykaz pracowników realizujących przedmiot zamówienia;
- 4) §4 ust. 16 oraz 11 ust. 5 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 7 do SWZ, Zamawiający zastrzega, że realizacja uzależniona będzie od zapewnienia (przydzielenia) w planie finansowym dla 44 WOG środków finansowych na realizację zadań stanowiących przedmiot zamówienia do wysokości znajdujących pokrycie w planach finansowych na rok 2022 oraz Zamawiający może odstąpić od umowy w przypadku nieotrzymania środków finansowych na 2022 r. zgodnie z zapisem w §4 ust. 16 umowy. Takie ukształtowanie postanowień dokumentów zamówienia narusza przepis art. 433 pkt 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;
- 5) Rozdział 3 pkt 3.6 OPZ załącznik nr 1 do SWZ przewidziano, że obsługę kotłowni dzieli się na 3 okresy: gotowość do rozpoczęcia obsługi kotłowni, wytwarzanie energii cieplnej w okresie wyznaczonym przez przedstawiciela Zamawiającego, czynności po zakończeniu okresu grzewczego (wygaszenie kotłów) w związku z postanowieniem ust. 6 pkt 1 OPZ załącznik nr 1 do SWZ, zgodnie z którym „Zamawiający przy realizacji zamówienia wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób

wykonujących czynności objętych przedmiotem zamówienia na okres trwania umowy, z możliwym zastrzeżeniem, o którym mowa w pkt 5.5 OPZ", co powoduje, że wykonawcy nie mają pewności przez jak długi okres będzie świadczona usługa, a w konsekwencji nie są w stanie oszacować kosztów realizacji zamówienia i ustalić czy koszty jakie poniosą na przygotowanie do świadczenia usług znajdą pokrycie w wynagrodzeniu jakie otrzymają z tytułu ich świadczenia

- 6)§14 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 7 do SWZ Zamawiający wymaga, aby „W przypadku konsorcjum/spółki cywilnej polisa musi zostać wystawiona na rzecz Konsorcjum/Spółki Cywilnej z wyszczególnieniem w polisie jego Członków jej Wspólników. ”

Odwolujący wniósł o: uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień SWZ i załączników do SWZ, w sposób uwzględniający argumentację odwołania zawartą w uzasadnieniu, tj.:

- (i)wykreślenie z ust. 9 pkt 5 SWZ postanowienia, które obliguje wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia do wskazania w treści umowy konsorcjum wyłączenie jednego członka konsorcjum lub jednego wspólnika spółki cywilnej z którym będą prowadzone rozliczenia za wykonanie przedmiotu zamówienia przez cały okres realizacji umowy oraz wprowadzenie w to miejsce postanowienia umożliwiającego każdemu z członków konsorcjum z osobna rozliczać przedmiot umowy, który został przez niego zrealizowany. W konsekwencji zmodyfikowanie również pozostałych postanowień dokumentów zamówienia, w tym §4 ust. 4 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 7 do SWZ;
- (ii)wykreślenie z §2 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 7 do SWZ części postanowienia w brzmieniu "C..) praca obsługi kotłowni niezgodnie z dostarczonymi wykazami (bez zgłoszenia tego faktu Zamawiającemu) będzie podstawą do naliczenia kar umownych.";
- (iii)dodanie do §12 ust. 4 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 7 do SWZ postanowienia umożliwiającego wykonawcy dokonanie zmian osobowych pracowników w sytuacjach nieprzewidzianych, na które wykonawca nie ma wpływu, bez ponoszenia z tego tytułu negatywnych konsekwencji w postaci kar umownych oraz umożliwiającego wykonawcy poinformowanie Zamawiającego o tym fakcie do 24 godzin od zaistniałej sytuacji;
- (iv)wykreślenie §4 ust. 16 oraz §11 ust. 5 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 7 do SWZ, ewentualnie modyfikację dokumentacji zamówienia poprzez wskazanie w SWZ i wzorze umowy minimalnego okresu, przez który, umowa z pewnością będzie obowiązywała (poprzez wskazanie konkretnych dat, od - do) i za który wykonawca otrzyma wynagrodzenie;
- (v)ewentualnie modyfikację dokumentacji zamówienia poprzez wskazanie w SWZ i wzorze umowy, że Zamawiający może w okolicznościach wskazanych w tych postanowieniach umowy wypowiedzieć umowę z minimum 1 miesięcznym okresem.
- (vi)w związku z postanowieniem ust. 3 pkt 3.6 OPZ oraz ust. 6 pkt 1 OPZ załącznik nr 1 do SWZ wprowadzenie do dokumentów zamówienia jednoznacznego postanowienia, zgodnie z którym wynagrodzenie będzie płatne fakturami częściowymi (w częściach równych) przez cały okres obowiązywania umowy tj. od 4 października 2021 do 29 kwietnia 2022r. niezależnie od wyznaczenia przez przedstawiciela Zamawiającego terminu rozpoczęcia i zakończenia wytwarzania energii cieplnej;
- (vii)wykreślenie z §14 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 7 do SWZ, postanowienia „W przypadku konsorcjum/spółki cywilnej polisa musi zostać wystawiona na rzecz Konsorcjum/Spółki Cywilnej z wyszczególnieniem w polisie jego Członków jej Wspólników. ” oraz dopuszczenie możliwości przedstawienia przez jednego z lub każdego z osobna wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia umów polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej (deliktowej i kontraktowej) lub innych dokumentów potwierdzających fakt zawarcia ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem umowy z sumą ubezpieczenia których łączna wartość sumuje się do kwoty 450 000,00 zł.;
- (viii)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przypisanych, w tym zasądzenie kwoty uiszczanego wpisu odwołania oraz zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu przedstawionych zarzutów Odwołujący wskazał, co następuje:

Uzasadnienie Ad. 1

Odwolujący wskazał, że wnosi o wprowadzenie postanowienia, które umożliwia, aby każdy z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum wystawiała Zamawiającemu osobną fakturę VAT. Wykonawcy składają oferty jako konsorcjum firm. 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). 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. Odwołujący wskazał, że 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. Odwołujący wskazał, że 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. 106b 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.

W ocenie Odwołującego, 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 0/0. 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.

Odwołujący wskazał, że 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. Odwołujący wskazał, że Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie w dniu 8.07.2013 r. IPPPI/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. Odnosnie rozliczenia podatku VAT przez uczestników konsorcjum, stwierdzić należy iż zgodnie z art. 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.”

Odwołujący wskazał, że 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 k.c., jest zatem zaliczana do umów nienazwanych kreowanych treścią umowy w ramach swobody kształtowania stosunku zobowiązaniowego przewidzianej w art. 353¹ k.c. i traktowana jako umowa, do której stosuje się odpowiednio przepisy art. 860—875 k.c.

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.

W ocenie Odwołującego, 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.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zwrócił uwagę, na fakt, że umowa konsorcjum nie jest podmiotowym ani przedmiotowym środkiem dowodowym, a zatem żądanie przedstawienia jej przez Zamawiającego wraz z ofertą jest żądaniem nadmiernym i nieuzasadnionym. Nie jest to ani dokument potwierdzający brak podstaw do wykluczenia ani dokument potwierdzający spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie został on również wymieniony w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.

Ad.2

Zgodnie z postanowieniem §2 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 7 do SWZ Wykonawca jest zobowiązany do przekazania „Zamawiającemu wykazu osób delegowanych do każdej kotłowni w terminie 5 dni przed rozpoczęciem każdego miesiąca dla każdej kotłowni. Wykaz powinien zawierać nazwiska i imiona osób na każdej zmianie w okresie miesiąca. W przypadku konieczności zmian danych w wykazie Wykonawca zobowiązany jest zgłosić je najpóźniej w terminie 1 dnia roboczego od dnia uzyskania informacji o okolicznościach wymagających wprowadzenia tych zmian, w formie elektronicznej i telefonicznej zgodnie z opisem zawartym w OPZ pkt 5.5 ppkt. 3. Nie dostarczenie wykazów w terminie lub praca obsługi kotłowni niezgodnie z dostarczonymi wykazami (bez zgłoszenia tego faktu Zamawiającemu) będzie podstawą do naliczenia kar umownych. W celu możliwości realizacji przedmiotu umowy od dnia

04 października 2021". pierwsze wykazy osób (uwzględniające realizację przedmiotu zamówienia w miesiącu października 2021 r.) Wykonawca dostarczy w terminie 5 dni roboczych przed datą wyznaczoną przez Zamawiającego na podpisanie umowy.

Odwołujący wskazał, że biorąc pod uwagę stan faktyczny tj. możliwość wystąpienia nieprzewidzianych sytuacji które nie są wynikiem zaniedbań Wykonawcy powyższe postanowienie dotyczące nałożenia kary na Wykonawcę za brak zgodności obsady z przedstawionym grafikiem jest niezwykle krzywdząca dla Wykonawcy. Przykład:

Wykonawca zgodnie z umową przedstawił Zamawiającemu wykaz pracowników z rozbiem na każdą zmianę w okresie miesiąca.

- pracownik A — I zmiana (6:00-14:00) - pracownik B — II zmiana (14:00-22:00)

- pracownik B — III zmiana (22:00-6:00)

Pewnego dnia pracownik A spóźnił się na pociąg, którym dojeżdża do pracy i dotarł do miejsca świadczenia pracy dopiero na godz. 8:00 (oczywiście pracownik C nie jest upoważniony do opuszczenia stanowiska pracy do czasu, aż przybędzie zamiennik)

Okoliczności zdarzenia zostały wyjaśnione przez Pracodawcę dopiero po stawieniu się pracownika A do pracy, czyli po godz. 8:00

Analogiczna sytuacja może wystąpić w przypadku np. nagłej choroby pracownika lub innego zdarzenia losowego, które będzie wymagało zastąpienie danej osoby innym pracownikiem wykonawcy, który został zgłoszony wcześniej Zamawiającemu.

Rozpatrując przypadek powyższy w godzinach od 6:00-8:00 występowała niezgodność obsady z przedstawionym grafikiem która w razie kontroli przedstawicieli zamawiającego skutkuje nałożeniem kary.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający wystawia dla pracowników Wykonawcy przepustki uprawniające do wejścia na obszar objęty przedmiotową umową i nie ma możliwości, aby inna postronna osoba, której dane osobowe nie są znane Zamawiającemu mogła wejść i przebywać na terenie administrowanym przez 44 WOG w Krośnie.

Odwołujący wskazał, że wnosi o wykreślenie postanowień uprawniających Zamawiającego do nakładania kary z tytułu niezgodności obsady z przedłożonymi grafikami z całej dokumentacji przedmiotowego postępowania.

Ad. 3

Odnosząc się do sytuacji opisanej powyżej, Odwołujący wskazał, że wnosi również o zmianę postanowienia §12 ust. 4 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 7 do SWZ w taki sposób, aby możliwe było dokonanie przez Wykonawcę zmian osobowych pracowników w sytuacjach nieprzewidzianych na które Wykonawca nie ma wpływu, bez ponoszenia z tego tytułu konsekwencji w postaci kar umownych oraz możliwość poinformowanie Zamawiającego o tym fakcie do 24 godzin od zaistniałej sytuacji. W ocenie Odwołującego przy obecnym brzmieniu postanowień dokumentów zamówienia Wykonawca nie jest w stanie rzetelnie skalkulować oferty, ponieważ nie sposób wycenić składowej cenotwórczej obciążonej tak dużym ryzykiem kontraktowym z przyczyn, na które Wykonawca nie ma żadnego wpływu. Zgodnie z art. 99 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia winien być opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a ryzyko kontraktowe winno być na poziomie możliwym do oszacowania przez wykonawcę. Przy obecnym ukształtowaniu postanowień dokumentów zamówienia ryzyko związane z realizacją przedmiotu zamówienia leży w 100% po stronie Wykonawcy. Zamawiający nie może przerzucać na Wykonawcę całości ryzyka związanego z realizacją przedmiotu zamówienia oraz nakładać na wykonawcę kary umowne za okoliczności od niego niezależne i przez niego niezawinione.

Ad. 4

W §4 ust. 16 wzoru umowy, Zamawiający zastrzegł, że realizacja uzależniona będzie od zapewnienia (przydzielenia) w planie finansowym dla 44 WOG środków finansowych na realizację zadań stanowiących przedmiot zamówienia do wysokości znajdujących pokrycie w planach finansowych na rok 2022. Z kolei zgodnie z ust. 5 wzoru umowy, Zamawiający może odstąpić od umowy w przypadku nieotrzymania środków finansowych na 2022 r. zgodnie z postanowieniem §4 ust. 16 wzoru umowy. Odwołujący wskazał, że Zamawiający jako jednostka budżetowa jest zobowiązany zabezpieczyć środki finansowe na realizację całego zamówienia. Przedmiotowa umowa nie może być umową warunkową. Zgodnie z art. 46 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, jednostki sektora finansów publicznych mogą zaciągać zobowiązania do sfinansowania w danym roku do wysokości wynikającej z planu wydatków lub kosztów jednostki, pomniejszonej o wydatki na wynagrodzenia i uposażenia, składki na ubezpieczenie społeczne i Fundusz Pracy, inne składki i opłaty obowiązkowe oraz płatności wynikające z zobowiązań zaciągniętych w latach poprzednich, z zastrzeżeniem art. 136 ust. 4 i art. 153. Zaciągnięcie przez jednostkę sektora finansów publicznych zobowiązania bez zabezpieczonych środków na jego realizację stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tj. z dnia 22 stycznia 2021 r., Dz.U. z 2021 r. poz. 289) wskazano, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zaciągnięcie lub zmiana zobowiązania bez upoważnienia określonego ustawą budżetową, uchwałą budżetową lub planem finansowym albo z przekroczeniem zakresu tego upoważnienia lub z naruszeniem przepisów dotyczących zaciągania lub zmiany zobowiązań przez jednostkę sektora finansów publicznych.

W ocenie Odwołującego, postanowienia zawarte w SWZ nakładają na Wykonawcę obowiązek zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę na pełny okres wykonywania usługi (55 ust. 6 wzoru umowy), która zobowiązuje pracodawcę do przestrzegania określonych przepisów kodeksu pracy w tym także z góry ustalonego okresu wypowiedzenia umowy o pracę. Zamawiający z jednej strony wymaga zatem od wykonawców zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę, co wiąże się z koniecznością przestrzegania przez wykonawców zasad wynikających z przepisów prawa pracy (m.in. w zakresie długości okresu wypowiedzenia), z drugiej zastrzega na swoją rzecz możliwość zakończenia obowiązywania umowy przed czasem bez zachowania jakiegokolwiek okresu wypowiedzenia. Co więcej, zgodnie z ust. 3 pkt 3.5 OPZ, terminy rozpoczęcia i zakończenia wytwarzania energii cieplnej wskazywane są przez przedstawiciela Zamawiającego poprzez złożenie wykonawcy powiadomienia pisemne faksem lub za pomocą poczty elektronicznej do 3 dni roboczych przed rozpoczęciem lub zakończeniem wytwarzania energii cieplnej. Decyzja o rozpoczęciu sezonu grzewczego może nastąpić po terminie umownym tj. po 4.10.2021 r., a po zakończeniu sezonu grzewczego przed terminem umownym tj. przed 29.04.2022 r.

W ocenie Odwołującego taki sposób ukształtowania postanowień wzoru umowy powoduje, że wykonawca nie ma pewności przez jak długi okres będzie ona obowiązywać, a co za tym idzie nie jest w stanie oszacować kosztów związanych z realizacją zamówienia i uwzględnić ich w cenie oferty. Przy czym należy w tym miejscu zauważyć, że nie jest wystarczające wskazanie, iż umowa będzie z pewnością obowiązywać przez okres 5 miesięcy, gdyż nie wiadząco o które 5 miesięcy konkretnie chodzi wykonawca nie ma możliwości ukształtowania stosunków pracy z pracownikami i współpracownikami w taki sposób, aby zapewnić, że będą oni wykonywali czynności związane z przedmiotem zamówienia przez pełny okres obowiązywania umowy. 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.

Odwolujący podkreślił, że taki sposób ukształtowania postanowień wzoru umowy stanowi naruszenie art. 433 pkt 4 Pzp, zgodnie z którym projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia. Ewentualne wypowiedzenie umowy powinno nastąpić z minimum 1 miesięcznym okresem wypowiedzenia, gdyż tylko takie ukształtowanie postanowień dokumentów zamówienia pozwoli wykonawcy na zarządzanie stosunkiem pracy z pracownikami (najkrótszy okres wypowiedzenia umowy o pracę to okres 1 miesiąca) oraz umożliwi oszacowanie ryzyka związanego z wcześniejszym rozwiązaniem umowy.

Ad. 5

Odwolujący wskazał, że zgodnie z ust. 3 pkt 3.6 OPZ załącznik nr 1 do SWZ Zamawiający wyróżnia się 3 okresy obsługi kotłowni:

3.6.1 „gotowość do rozpoczęcia obsługi kotłowni (przygotowanie kotłów do rozpalenia, przegląd urządzeń technicznych, przygotowanie opału, odbycie szkoleń i instruktażu w zakresie obsługi urządzeń oraz normatywnego spalania) — okres od protokolarnego przekazania kotłowni do rozpoczęcia wytwarzania energii cieplnej na polecenie przedstawiciela Zamawiającego zgodnie z p. 3.5;

3.6.2 wytwarzanie energii cieplnej w okresie wyznaczonym przez przedstawiciela Zamawiającego, 3.6.3 czynności po zakończeniu okresu grzewczego (wygaszeniu kotłów): wyczyszczenie kotłów, przegląd i konserwacja urządzeń technicznych znajdujących się wewnątrz kotłowni służących do transportu opału, porządkowanie pomieszczeń, usunięcie szlaki na miejsce składowania, sprzymowanie opału, komisyjne przekazanie urządzeń i pomieszczeń pomocniczych wykonane zostaną najpóźniej w ostatnim dniu trwania umowy na polecenie przedstawiciela Zamawiającego z p. 3.5. w związku z postanowieniem ust. 6 pkt 1 OPZ załącznik nr 1 do SWZ który stanowi, że Zamawiający przy realizacji zamówienia wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności objętych przedmiotem zamówienia na okres trwania umowy, z możliwym zastrzeżeniem, o którym mowa w pkt. 5.5 OPZ.

Wykonawca przed przystąpieniem do realizacji zamówienia przekaze Zamawiającemu umowy o pracę w/w osób.

Dodatkowo zgodnie z ust 3 pkt 3.5 OPZ załącznik nr 1 do SWZ: „Przedstawiciel Zamawiającego wskazany w p. 5.6 ppkt 9 wyznacza terminy rozpoczęcia i zakończenia wytwarzania energii cieplnej składając Wykonawcy powiadomienie pisemnie faksem lub za pomocą poczty elektronicznej do 3 dni roboczych przed rozpoczęciem lub zakończeniem wytwarzania energii cieplnej. Przedstawiciel Zamawiającego podejmuje decyzję o rozpoczęciu i zakończeniu sezonu grzewczego, przekazując ją pisemnie faksem lub e-mailem Wykonawcy. Decyzja o rozpoczęciu sezonu grzewczego może nastąpić po terminie umownym tj. po 04.10.2021 r., a o zakończeniu sezonu grzewczego przed terminem umownym tj. przed 29.04.2022r.;

W ocenie Odwołującego, analizując powyższe stwierdza się sprzeczność wzajemną zapisów, albowiem z jednej strony Zamawiający żąda od wykonawcy, aby pracownicy na stanowisku palacz c.o. byli zatrudnieni na podstawie umowy o pracę przez cały okres obowiązywania umowy, czyli od 04.10.2021 do 29.04.2022 i takimi umowami jest zobowiązany wykonawca się przed rozpoczęciem świadczenia usługi. Z drugiej zaś strony zamawiający podaje, iż termin rozpoczęcia i zakończenia obsługi kotłowni zostanie wyznaczony przez wskazaną w umowie osobę na trzy dni robocze przed rozpoczęciem oraz zakończeniem dostarczania energii cieplnej, czyli zamawiający podejmuje decyzje o rozpoczęciu i zakończeniu sezonu grzewczego, nie określając minimalnego, gwarantowanego okresu świadczenia usługi. Jak już wyżej wskazywano, zgodnie z art. 433 pkt 4 Pzp, przewidując możliwość rezygnacji. Z części przedmiotu zamówienia, Zamawiający zobowiązany jest określić w dokumentacji zamówienia minimalny zakres zamówienia (minimalną wartość lub wielkość świadczenia stron), który za pewnością zostanie przez wykonawcę zrealizowany.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wskazał, że zamawiającemu bezsprzecznie przysługuje prawo kształtowania terminu rozpoczęcia i zakończenia poszczególnych trzech okresów trwania umowy nie mniej istotnym jest aby wykonawca biorąc na siebie zobowiązanie w postaci zawartych z pracownikami umów o pracę otrzymał ryczałtowe wynagrodzenia w całym okresie obowiązywania umowy. Zatem zdaniem Odwołującego konieczne jest 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.

Ad. 6

Odwolujący wskazał, że formułując wymagania w odniesieniu do ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, które wykonawcy zobowiązani są posiadać przez cały okres realizacji umowy, w §14 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 7 do SWZ, Zamawiający wskazał, że „ (...) W przypadku konsorcjum/spółki cywilnej polisa musi zostać wystawiona na rzecz Konsorcjum/Spółki Cywilnej z wyszczególnieniem w polisie jego Członków jej Wspólników.

Odwolujący wskazał, że Konsorcjum z założenia jest tworzone, aby poszczególni członkowie łącznie spełniali warunki uczestnictwa w postępowaniu. Niezrozumiałym jest dla wykonawcy fakt żądania przez zamawiającego zawarcia nowej dedykowanej konsorcjum polisy ubezpieczeniowej OC (deliktowej i kontraktowej), która nie jest ubezpieczeniem kontraktu, a ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności (ubezpieczeniem ogólnym). Poszczególni członkowie dysponują polisami OC odpowiadającymi ich kompetencjom w sprawie realizacji zamówienia. Takowe polisy są uniwersalne zatem posiadania przez konsorcjum dodatkowej polisy jest nadmierny (zwłaszcza, że nie jest on warunkiem udziału w postępowaniu, a wymogiem na etapie realizacji zamówienia) i pociąga za sobą niepotrzebne dodatkowe koszty podwyższając tym samym wartość złożonych ofert przez potencjalnych wykonawców. W ocenie Odwołującego, wymóg ten jest nadmierny i nieuzasadniony, a może ograniczać konkurencję w postępowaniu.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Obsługę kotłowni sezonowych administrowanych przez 44 WGO.

W zakresie podlegającym rozpoznaniu, Izba ustaliła, że w Rozdziale 9 ust. 5 SWZ Zamawiający zawarł następujące wymaganie: „W przypadku składania oferty przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum lub spółki cywilnej, Zamawiając wymaga złożenia wraz z ofertą kopii umowy regulującej współpracę wykonawców, określającej prawa i obowiązki każdego z Członków Konsorcjum lub wspólników spółki cywilnej. Umowa musi wskazywać zakres wykonywanych czynności przez poszczególnych Członków Konsorcjum lub wspólników spółki cywilnej, zakres ich odpowiedzialności oraz sposób prowadzenia rozliczeń pomiędzy Konsorcjum lub spółką cywilną a Zamawiającym. Zamawiający nakłada obowiązek wskazania w umowie regulującej współpracę wykonawców wyłącznie

jednego Członka Konsorcjum lub jednego wspólnika spółki cywilnej, z którym prowadzone będą rozliczenia za wykonywanie przedmiotu zamówienia przez cały okres realizacji umowy."

Izba zważyła co następuje:

Izba umorzyła postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 353¹ w zw. z art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie §2 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy, §12 ust. 4 wzoru umowy, §4 ust. 16 oraz §11 ust. 5 wzoru umów, Rozdziału 3 pkt 3.6 Opisu Przedmiotu Zamówienia, §14 ust. 1 wzoru umowy. Odwołujący podczas posiedzenia z udziałem stron złożył pisemne oraz ustne oświadczenie o cofnięciu ww. zarzutów.

Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 Pzp oraz art. 353¹ w zw. z art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie Rozdziału 9 pkt 5 SWZ tj. postanowienia, które obliguje wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia do wskazania w treści umowy konsorcjum wyłączenie jednego członka konsorcjum lub jednego wspólnika spółki cywilnej z którym będą prowadzone rozliczenia za wykonanie przedmiotu zamówienia przez cały okres realizacji umowy.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2020 r. i), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

W zakresie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, ustawodawca w art. 58 ustawy Pzp wskazał specyficzne zasady odnoszące się do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Ustawodawca po pierwsze dopuścił możliwość ubiegania się o zamówienie wspólnie przez kilku wykonawców. W takim wypadku wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ust. 3 ww. przepisu ustawodawca wskazał, że Zamawiający nie może wymagać od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiadania określonej formy prawnej w celu złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Ponadto w ust. 4 zostało wskazane, że w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zamawiający może określić wymagania związane z realizacją zamówienia w inny sposób niż w odniesieniu do pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne do jego przedmiotu. Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Dalej Izba wskazuje, że podstawą zawarcia umowy konsorcjum jest zasada swobody umów, gdyż nie jest to żadna z przewidzianych w przepisach prawa umów nazwanych. Zgodnie z art. 353¹ kodeksu cywilnego - mającego zastosowanie na mocy art. 8 ust. 1 ustawy Pzp - strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Należy wskazać, że świetle zarówno przepisów ustawy Pzp jak i przepisów kodeksu cywilnego konsorcjum nie ma własnej podmiotowości prawnej, pojęcie to nie odzwierciedla jednorodnego typu umowy, stąd praktyka gospodarcza w tym przedmiocie odnotowuje zróżnicowane rozwiązania co do zasad współpracy. Na gruncie ustawy Pzp ustawodawca wyraźnie jednakże wskazał, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność względem Zamawiającego za prawidłową realizację zamówienia (vide: art. 445 ust. 1 ustawy Pzp).

Dalej wskazać należy, że do konsorcjum nie odnosi się żadna szczególna regulacja na gruncie prawa podatkowego. Zastosowanie zatem ma art. 15 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług (dalej „**ustawa VAT**”), który stanowi, że 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. Należy wskazać, że w praktyce życia gospodarczego funkcjonuje wiele modeli konsorcjów, w których różnie organizowane są rozliczenia ze zleceniodawcą oraz zewnętrznymi kontrahentami, ponoszenie kosztów związanych z realizacją projektu czy wewnętrznych rozliczeń (przychodów i kosztów) pomiędzy członkami konsorcjum. Kwestie te podlegają umownej regulacji pomiędzy członkami konsorcjum i są determinowane co do zasady podziałem prac/zadań jakie członkowie konsorcjum wspólnie będą realizować, przy uwzględnieniu zasad wynikających z ustawy VAT.

Mając na uwadze powyższe, Izba wskazuje, że zakwestionowane postanowienie SWZ, zgodnie z którym tylko jeden członek konsorcjum/wspólnik spółki cywilnej będzie miał prawo prowadzenia rozliczeń z Zamawiającym poprzez wystawienie faktur na rzecz Zamawiającego narusza art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353¹ kodeksu cywilnego. Zdaniem Izby takie postanowienie stanowi niedozwoloną ingerencję Zamawiającego w kształt umowy konsorcjum, zaś z obowiązujących przepisów ustawy Pzp, jak również kodeksu cywilnego nie wynika uprawnienie Zamawiającego do tak szerokiego ingerowania w relacje kontraktowe członków konsorcjum.

Po pierwsze należy wskazać, że przedmiotem opodatkowania jest świadczenie usług. Przy konstrukcji jaką chciałby narzucić Zamawiający wykonawcom, usługi składające się na zamówienie *de facto* powinny być świadczone przez lidera konsorcjum na rzecz Zamawiającego. Pozostali członkowie konsorcjum winni świadczyć swoje usługi liderowi konsorcjum. Oznaczałoby to, że żaden członek konsorcjum nie mógłby świadczyć usług na rzecz Zamawiającego, pomimo, iż jest stroną umowy o udzielenie zamówienia publicznego i za wykonanie zamówienia zgodnie z ustawą Pzp odpowiada przez Zamawiającym, a nie przed liderem konsorcjum. Zaakceptowanie proponowanego postanowienia mogłoby prowadzić do absurdu sytuacji, w której członek konsorcjum otrzymuje wynagrodzenie od lidera konsorcjum pomimo, że nie świadczył na jego rzecz żadnych usług czy dostaw.

Po drugie, Izba wskazuje, że na etapie określenia postanowień SWZ Zamawiający nie ma żadnej wiedzy w jaki sposób konsorcjum będzie faktycznie realizowało zamówienia i w jakim zakresie członkowie konsorcjum będą świadczyć usługę bezpośrednio na rzecz Zamawiającego, a w jakim zakresie na rzecz lidera konsorcjum, który następnie będzie świadczył na rzecz Zamawiającego. To dopiero treść umowy konsorcjum i sposób realizacji wzajemnych obowiązków, zakresu zamówienia przez każdego z konsorcjantów umożliwi *de facto* określenie sposobu rozliczenia z Zamawiającym. Determinowanie *a priori* przez Zamawiającego na etapie publikacji SWZ sposobu rozliczenia pomiędzy konsorcjantami jest zdaniem Izby działaniem nieuprawnionym. Podkreślić należy, że ustawodawca w art. 59 ustawy Pzp wskazał, że

jeżeli została wybrana oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego kopii umowy regulującej współpracę tych wykonawców.

Po trzecie, odnosząc się do argumentacji Zamawiającego, iż zakwestionowana klauzula została wprowadzona na bazie posiadanego doświadczenia i jest dla niego korzystana z punktu widzenia organizacji procesu rozliczenia, to zdaniem Izby takie stanowisko nie może być uznane za prawidłowe. Izba podkreśla, że względy organizacyjne nie uzasadniają w żaden sposób prawa Zamawiającego do pośredniego kształtowania sposobu wykonania zamówienia przez konsorcjum poprzez narzucenie w umowie zasad rozliczenia za wykonane usługi. Ani z przepisów ustawy VAT ani z przepisów ustawy Pzp nie wynika, że aspekt organizacyjny ma znaczenie kształtujące relacje pomiędzy uczestnikami konsorcjum, a zleceniodawcą tj. zamawiającym. Zdaniem Izby wystawianie faktur Vat przez lidera konsorcjum tylko w celu sprawniejszej organizacji rozliczeń z Zamawiającym nie stanowi przesłanki do narzucenia wykonawcom sposobu realizacji zamówienia. Żaden przepis VAT ani ustawy Pzp nie uprawnia lidera konsorcjum do wystawienia faktury VAT na rzecz Zamawiającego, w sytuacji gdy członkowie konsorcjum nie świadczyli na jego rzecz żadnych usług czy dostaw, ale bezpośrednio na rzecz Zamawiającego. Wystawianie faktur VAT przez lidera konsorcjum tylko w celu sprawniejszej organizacji rozliczeń z Zamawiającym nie znajduje oparcia w przepisach prawa.

Izba podkreśla, że dopiero na etapie zawarcia umowy konsorcjum przez jego członków i podziale zadań składających się na realizację zamówienia możliwe jest określenie kto i w jakim zakresie świadczy usługi i w związku z tym podlega opodatkowaniu i jest uprawniony do wystawienia faktury VAT na rzecz Zamawiającego. Brak jest podstaw do przyjęcia *a priori*, że w relacjach z Zamawiającym tylko lider konsorcjum będzie miał status bezpośredniego wykonawcy i tylko on może wystawić Zamawiającemu fakturę VAT za realizację zamówienia. Niewątpliwie rozliczenie kompleksowe całego zamówienia w zakresie podatku od towarów i usług odbywa się na linii pomiędzy konsorcjum, a Zamawiającym. I to w tym stosunku prawnym dochodzi do świadczenia usług i dostaw towarów objętych podatkiem VAT. Należy podkreślić, że stroną umowy o realizację zamówienia publicznego nie jest wyłącznie lider konsorcjum, ale każdy jego członek. Wszyscy członkowie konsorcjum zobowiązują się solidarnie do wykonania zamówienia na rzecz Zamawiającego. Co oznacza, że każdy członek konsorcjum ma prawo na zasadach ustalonych z innymi członkami, w tym liderem, do realizacji zamówienia tj. wykonaniu umowy, a zatem działaniu z mocy tej umowy i na zlecenie Zamawiającego, a nie z mocy umowy konsorcjum i na zlecenie lidera konsorcjum. Stąd też, w ocenie Izby, zakwestionowane postanowienie uznać należy za naruszające zasadę swobody kształtowania realizacji kontraktowych członków konsorcjum poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a w konsekwencję realizację zamówienia. Zamawiający bowiem poprzez narzucenie wykonawcom określonego sposobu rozliczenia za realizację zamówienia, ingeruje w stosunki umowne konsorcjantów poprzez próbę pośredniego kształtowania zasad wykonania zamówienia. Takie uprawnienie Zamawiającego nie jest uzasadnione ani charakterem zamówienia ani proporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący.....