Sygn. akt KIO 819/19

WYROK

z dnia 22 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2019 r. przez odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Konsorcjum: ANN-POL INWESTYCJE 19 sp. z o.o., ANN-POL INWESTYCJE 18 sp. z o.o., ANN- POL INWESTYCJE 20 sp. z o.o., ANN-POL INWESTYCJE 21 sp. z o.o., ANN-POL INWESTYCJE 22 sp. z o.o., ANN-POL INWESTYCJE 3 sp. z o.o., ANN-POL INWESTYCJE 6 sp. z o.o., ANNPOL INWESTYCJE 9 sp. z o.o., ANN-POL INWESTYCJE 10 sp. z o.o. (ul. Łączna 2/S 45-940 Opole) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - 43 WOG (ul. Saperska 2, 59-726 Świętoszów),

orzeka:

1. A. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących podstaw odrzucenia oferty odwołującego i nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego FACTUM sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (PPU-H FACTUM sp. z o.o.) w części 1 i w części 2 oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego i ponowne badanie oraz ocenę tej oferty w części 1 i w części 2;

B. Nie uwzględnia odwołania w zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy PPU-H FACTUM sp. z o.o. z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt. 12 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp, dotyczącego dokumentu wymaganego na potwierdzenie należytego wykonania usługi w zakresie części 2;

C. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego podnoszonych do oferty PPU-H FACTUM sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy w części 1 i w części 2, a dotyczących podstaw zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt. 12 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego - 43 WOG (ul. Saperska 2, 59-726 Świętoszów) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18.600 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych) obejmującą kwotę uiszczonego wpisu oraz kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze.

Sygn. akt KIO 819/19

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez zamawiającego - 43 Wojskowy Oddział Gospodarczy (59-726 Świętoszów, ul. Saperska 5), którego przedmiotem jest: „Usługa obsługi zleconej kotłowni na opał stały administrowanych przez 43 WOG Świętoszów" (22/PN/2019). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4/03/2019 nr S44 10832-2019-PL. Wnoszący odwołanie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Odwołujący - Konsorcjum Firm z siedzibą w Opolu: 1. ANN-POL INWESTYCJE 19 sp. z o.o. (Lider), 2. ANN-POL INWESTYCJE 18 sp. z o.o. (Partner), 3. ANN-POL INWESTYCJE 20 sp. z o.o. (Partner), 4. ANN-POL INWESTYCJE 21 sp. z o.o. (Partner), 5. ANN-POL INWESTYCJE 22 sp. z o.o., ul. Łączna 2/W (Partner), 6. ANN-POL INWESTYCJE 3 sp. z o.o. (Partner), 7. ANN-POL INWESTYCJE 6 sp. z o.o. (Partner), 8. ANN-POL INWESTYCJE 9 sp. z o.o. (Partner), 9. ANN-POL INWESTYCJE 10 sp. z o.o. (Partner), reprezentowane przez Lidera zarzucili Zamawiającemu w zakresie części 1 i 2 przedmiotowego przetargu naruszenie:

1) art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp - z uwagi na wybór oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego FACTUM sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (PP-UH FACTUM sp. z o.o.) w sytuacji gdy wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona;

2) art. 89 ust. 1 pkt. 3 w zw. z art. 36a ust. 1, art. 36b ust. 1 oraz 7 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na odrzucenie oferty Odwołującego wskutek błędnego uznania, że złożenie oferty stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz, że Odwołujący zamierza powierzyć całość zamówienia podwykonawcy, co nie jest zgodne z prawdą,

3) art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp z uwagi na odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji gdy Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia do wątpliwości Zamawiającego w zakresie powierzenia prac podwykonawcy i okoliczności uzasadniających cenę podaną jego ofercie;

4) art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art 10a ust. 5 ustawy Pzp oraz w zw. z pkt. 9.3 SIWZ z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PP-UH FACTUM sp. z o.o., albowiem oferta nie została złożona w oryginale, lecz jako skan oferty, a Zamawiający nie dopuścił możliwości złożenia skanu oferty opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym;

5) art. 24 ust. 1 pkt. 12 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp z uwagi na nie wykluczenie z postępowania wykonawcy PP-UH FACTUM sp. z o.o., który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i nie odrzucenia jego oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w zakresie części 1 i 2: 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy PP-UH FACTUM sp. z o.o. oraz czynności odrzucenie oferty wykonawcy PP-UH FACTUM sp. z o.o.; 2) wykluczenie wykonawcy PP-UH FACTUM sp. z o.o.; 4) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego; 5) powtórzenie czynności oceny i wyboru ofert; ewentualnie nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania w zakresie części 1 i 2; 7) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych.

Zdaniem Odwołującego interes prawny wykonawców w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku albowiem wskutek wyboru oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego FACTUM sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy w zakresie części 1 i 2 i odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego w zakresie tych części nie została wybrana jego oferta w zakresie powyższych zadań, a to oznacza, że Odwołujący nie osiągnie zysku związanego z realizacją umowy.

W uzasadnieniu zarzutów wskazał na następujące okoliczności:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, w celu wyłonienia wykonawcy na usługę obsługi zleconej kotłowni na opał stały administrowanych przez 43 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Świętoszowie w Grupach Zabezpieczenia (GZ) w miejscowości: Dobre n/Kwisą (m. Dobre n/Kwisą, Karliki, Trzebień), Żagań (m. Żagań, Potok) wraz z instalacjami i urządzeniami pomocniczymi. Zamówienie zostało podzielone na części: część 1 dotycząca obsługi kotłowni

wraz z instalacjami i urządzeniami pomocniczymi w miejscowości GZ Dobre m/Kwisą oraz część 2, dotycząca obsługi kotłowni wraz z instalacjami i urządzeniami pomocniczymi w miejscowości GZ Żagań, Potok. Do przetargu przystąpił m.in. Odwołujący, składając formularz ofertowy opiewający na kwotę 871.020 zł brutto w zakresie części 1 oraz na kwotę 1.072.000 zł w zakresie części 2 przetargu. Zamawiający pismami z dnia 10 kwietnia 2019 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie dopuszczenia przez wykonawcę zadań związanych z realizacją zamówienia podwykonawcy Przedsiębiorstwu Usług Wielobranżowych sp. z o.o. we Wrocławiu oraz do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez Konsorcjum ceny brutto za realizację przedmiotu zamówienia. Dowód: 1. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Usługa obsługa zleconej kotłowni na opał stały administrowanych przez 43 WOG Świętoszów" - nr sprawy: 22/PN/2019 2. Wezwanie Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w zakresie powierzenia części zamówienia podwykonawcy z dnia 10.04.2019 3. Wezwanie Konsorcjum do złożenia wyjaśnień, w zakresie wskazanej kwoty podatku VAT z dnia 10.04.2019 Przedstawiciel Konsorcjum pismem z dnia 11 kwietnia 2019 r. złożył wyjaśnienia w zakresie wątpliwości podnoszonych przez Zamawiającego, wskazując, że podany w formularzu ofertowym podwykonawca, którym jest Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych sp. z o.o., będzie odpowiedzialny tylko za pełnienie nadzoru nad jakością świadczonych usług związanych z realizacją umowy na „usługę obsługi zleconej kotłowni na opał stały administrowany przez 43 WOG Świętoszów - sprawa 22/PN/2019". Z kolei wskazując na wątpliwości Zamawiającego co do podstaw naliczenia podatku od towarów i usług w stawce zwolnione z tego podatku, przedstawiciel Odwołującego pismem również z dnia 11 kwietnia 2019 r. wyjaśnił, że Odwołujący jest w stanie zagwarantować utrzymanie zaoferowanych w formularzu ofertowym ceny, jednocześnie informując, że wszyscy członkowie konsorcjum korzystają ze zwolnienia, o którym mowa w art. 113 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. Ponadto lider konsorcjum oświadczył, że każdy z członków konsorcjum będzie brał czynny udział przy realizacji przedmiotowej usługi, zatem każdy z członków z osobna będzie wystawiał fakturę dla Zamawiającego za wykonanie swojej części przedmiotu zamówienia. Zagwarantował, że jako wykonawca konsorcjum jest w stanie zagwarantować utrzymanie zaoferowanych cen w formularzu ofertowym i cenowym przy zachowaniu zwolnienia z VAT na podstawie art. 113 ustawy o VAT w całym okresie zleconej obsługi, zarówno dla części 1 jak i części 2 przetargu. W dniu 24.04.2019r. Zamawiający powiadomił Odwołującego, że w zakresie zadania 1 i 2 postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na usługę obsługi zleconej kotłowni na opał stały administrowanych przez 43 WOG Świętoszów sprawa nr 22/PN/2019 wybrał ofertę Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego FACTUM sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy. Jednocześnie Zamawiający poinformował Odwołującego, że jego oferta w zakresie zadania 1 i 2 została odrzucona albowiem stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i jest sprzeczna z art. 36a ustawy Prawo zamówień publicznych albowiem Odwołujący zamierza powierzyć całość zadania podwykonawcy. Mając na uwadze stan faktyczny i prawny sprawy należy uznać, że czynność Zamawiającego narusza przepisy prawa i interes Odwołującego. I Odwołujący pragnie wskazać, że złożenie przez niego oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji i nie zmierza do obejścia przepisów prawa. W ocenie Odwołującego jego oferta jest prawidłowa, spełnia wszystkie wymogi wskazane w SIWZ i stanowi ofertę ekonomicznie najkorzystniejszą. Celem stworzonego konsorcjum było przede wszystkim połączenie potencjałów wszystkich spółek wchodzących w skład konsorcjum aby spełnić wymagania Zamawiającego. Na uwagę zasługuje fakt, że w celu wzięcia udziału w postępowaniu zorganizowanym przez Zamawiającego, zgodnie z rozdziałem 14 pkt 1 SIWZ, niezbędnym jest wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Zamawiający wymaga od wykonawcy, którego oferta została wybrana jako, najkorzystniejsza, wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 1.0% ceny całkowitej oferty. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy ma na celu zabezpieczenie pokrycia ewentualnych roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Zabezpieczenie powinno być wniesione przed podpisaniem umowy. Zabezpieczenie może być wniesione w następujących formach: a) w pieniądzu; b) w poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że zobowiązanie kasy jest zawsze zobowiązaniem pieniężnym; c) w gwarancjach bakowych; d) w gwarancjach ubezpieczeniowych; e) w poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (pkt. 14 pkt. 1- 4 SIWZ). Odwołujący wskazuje, że spółki tworzące konsorcjum z zysku z dotychczasowych kontraktów nie są w stanie samodzielnie wnieść zabezpieczenia w kwocie 194.000 zł w gotówce. Zabezpieczenie w postaci gwarancji udzielanej przez gwaranta (ubezpieczyciela lub bank) dla przedsiębiorstw prowadzących działalność do dwóch lat udzielane jest na kwotę nie wyższą niż 25.000 zł. Odwołujący wskazał, że partnerzy konsorcjum występowali do ubezpieczyciela z wnioskiem o udzielenie gwarancji należytego wykonania umowy na kwotę 194.000 zł. Ubezpieczyciel nie wyraził jednak zgody na tak wysoką sumę gwarancji należytego wykonania umowy. Ubezpieczyciele wyrazili zgodę wydania gwarancji należytego wykonania umowy jedynie do kwoty 25.000 zł. Dowód: Oferta udzielania gwarancji należytego wykonania umowy. Powyższe oznacza, że nowo powstała spółka ma ograniczoną możliwość występowania w przetargu zorganizowanym przez Zamawiającego albowiem nie stać jej na zabezpieczenie należytego wykonania umowy zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. W tym celu stworzone zostało konsorcjum 9 spółek albowiem przy połączeniu potencjałów każdej ze spółek w tworzących konsorcjum, Zamawiający otrzyma zabezpieczenie należytego wykonania umowy na kwotę 194.000 zł, a spółki tworzące konsorcjum będą w stanie realnie ubiegać się o udzielenie

zamówienia publicznego. Odwołujący wskazuje, że w ugruntowanym orzecznictwie sądowym i KIO przejawia się stanowisko, że zasadniczym celem, dla którego podmioty wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia jest łączne spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący pragnie odwołać się do orzeczeń: Wyrok NSA z dnia 03-02-2017, w sprawie o sygn. akt II GSK 1919/15: „Jeżeli warunek opisany przez zamawiającego zostanie spełniony przez wszystkich konsorcjantów łącznie, to brak jest podstaw do żądania spełnienia warunków przez każdego z wykonawców, a zamawiający winien uznać, że każdy z konsorcjantów potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Tym samym w przypadku konsorcjum, w celu dokonania oceny spełnienia warunków określonych w art. 22

ust. 1 pkt 2 ustawy (...) należy brać pod uwagę łącznie posiadaną wiedzę i doświadczenie oraz potencjał ekonomiczny i finansowy, jaki wykazują podmioty tworzące konsorcjum. Zamawiający nie może wymagać spełnienia postawionych przez siebie warunków udziału w postępowaniu przez każdego członka konsorcjum, ponieważ sprzeciwiłoby się celowi, dla którego takie konsorcjum jest tworzone, to jest połączenia ze sobą środków poszczególnych członków konsorcjum, tak aby mogli wspólnie spełniać warunki uczestnictwa w przetargu. Odmienna interpretacja byłaby sprzeczna z art. 23 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym do członków konsorcjum stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. Zamawiający nie może różnicować warunków udziału w postępowaniu w zależności od statusu wykonawcy. Wskazał na wyrok KIO 1761/17 podnosząc: „Celem umowy konsorcjum jest połączenie przez przedsiębiorców, nie spełniających warunków udziału w postępowaniu, swoich potencjałów i wspólne dążenie do uzyskania zamówienia publicznego i późniejszej jego realizacji" Odwołujący zaznaczył, że forma opodatkowania nie powinna mieć dla Zamawiającego żadnego znaczenia przy wyborze wykonawców. Kwestia zwolnienia lub nie zwolnienia z poszczególnych podatków nie stanowi z punktu widzenia ustawy Prawo zamówień publicznych ograniczenia w wyborze wykonawcy. Odwołujący wskazał, że przepisy prawa wprost umożliwiają zwolnienie z obowiązku naliczania i oprowadzania podatku od towarów i usług VAT. Stanowi o tym przepis art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, zgodnie z którym „Zwalnia się od podatku sprzedaż dokonywaną przez podatników, u których wartość sprzedaży nie przekroczyła łącznie w poprzednim roku podatkowym kwoty 200 000 zł. Do wartości sprzedaży nie wlicza się kwoty podatku". Wskazując na powyższy przepis podniósł, że każdy z członków konsorcjum Odwołującego jest małym podatnikiem i rozlicza podatek VAT indywidualnie. Pomiędzy członkami tworzącymi konsorcjum doszło do zawarcia porozumienia dotyczącego wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia albowiem żaden z członków konsorcjum nie posiada tak znacznego potencjału ekonomicznego i doświadczenia aby móc samodzielnie ubiegać się o udzielenie zamówienia a następnie mocje samodzielnie wykonać. Każdy z członków konsorcjum będzie z osobna wykonywał umowę w zakresie ustalonym w umowie konsorcjum i wystawiał fakturę dla Zamawiającego za wykonanie swojej części przedmiotu zamówienia. Nie zachodzi zatem w niniejszym przypadku przesłanka z art. 113 ust. 5 ustawy o podatku od towarów i usług VAT, Ponadto możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia wynika wprost z przepisu art. 23 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi: „Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia". Szczególną uwagę należy zwrócić na fakt, że przepis art. 23 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowi z jakich powodów albo w jakich celach wykonawcy mogą wspólnie się ubiegać o udzielenie zamówienia. Przepis ten nie stanowi o tym, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia tylko w celu np. łącznego spełniania kryteriów postanowionych przez Zamawiającego w zakresie doświadczenia i sytuacji ekonomicznej. KIO w licznych orzeczeniach wskazywała, że celem umowy konsorcjum jest połączenie przez przedsiębiorców, nie spełniających warunków udziału w postępowaniu, swoich potencjałów i wspólne dążenie do uzyskania zamówienia publicznego i późniejszej jego realizacji. Odwołujący aprobując w pełni takie stanowisko pragnie jednak zwrócić uwagę, że przepis art. 23 ust. 1 ustawy Pzp zawiera szerszy i otwarty katalog możliwych przypadków związanych z przyczynami wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis ten nie wyklucza sytuacji zawiązania konsorcjum w celu wspólnego spełnienia warunków udziału w postępowaniu ale również w celu obniżenia kosztów świadczonych usług, co jest korzystne w szczególności dla odbiorców usług. Skoro ustawodawca wprost przewiduje możliwość zwolnienia podatkowego dla podatników osiągających przychód poniżej 200.000 złotych rocznie, a jednocześnie dopuszcza możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przez wykonawców, to należy uznać, że takie działanie jest w pełni zgodne z powszechnie obowiązującym prawem, dobrymi obyczajami i zasadami współżycia społecznego. Jeżeli takie działanie miałoby być niedopuszczalne, to powinno to znaleźć odzwierciedlenie w przepisie ustawy. Odwołujący zwrócił uwagę, że w orzecznictwie KIO przejawiają się również orzeczenia, które akceptują taki stan rzeczy. Wskazał na:

1) wyrok KIO 1634/14, w którym Izba uznała: „Podanie przez konsorcjum w formularzu oferty dopuszczalnej prawem, jak również wskazanej przez zamawiającego stawki preferencyjnej VAT (zwolnienie), nie może być uznane za równoznaczne z dopuszczeniem się popełnienia przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji".

2) wyrok KIO 183/18 KIO w którym Izba stwierdziła, że: „wykonawca, chcąc korzystać ze zwolnienia z VAT przy realizacji zamówienia publicznego, powinien zaoferować taką cenę, która przy uwzględnieniu jego ewentualnej innej sprzedaży, nie powodowałaby przekroczenia progu uprawniającego do zwolnienia z VAT. Nie chodzi przy tym o to, aby zawężać wykonawcom możliwość wyboru formy opodatkowania, lecz o to, aby zapewnić

porównywalność ofert, jak również o to, aby realizacja zamówienia, także w zakresie płatności, odbywała się zgodnie ze złożoną ofertą".

3) wyrok KIO 161/14, w którym Izba uznała m.in., że „Samo zawarcie umowy konsorcjum i zsumowanie potencjałów dla innego celu, aniżeli wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie jest wyłączone przepisami. Jeśli w analizowanym przypadku, takim celem było uzyskanie maksymalnej punktacji w ramach kryterium pozacenowego, to powyższe zdaje się wynikać wprost z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Jeśli więc SIWZ skłaniała do tego rodzaju praktyk, które w ocenie zainteresowanych wykonawców należałoby traktować za niedopuszczalne czy niewłaściwe, to powyższe powinno było zostać zakwestionowane na odpowiednim etapie postępowania. Stawianie po wyborze najkorzystniejszej oferty tezy, że działania wykonawców, polegające na zawarciu umowy konsorcjum (co samo w sobie nie jest nie tylko wyłączone ale wprost przewidziane przez ustawę), służyły nieuczciwym praktykom, nie zasługuje na aprobatę.

Powyższe stanowisko KIO potwierdza możliwość ubiegania się wspólnie o udzielenie zamówienia przez podmioty zwolnione z podatku od towarów i usług VAT. Przyjęcie koncepcji, że złożenie oferty przez wykonawców zwolnionych z podatku VAT stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, prowadzić będzie do dyskryminacji małych podatników i do ich nierównego traktowania, albowiem preferowani będą jedynie wykonawcy, którzy są czynnymi podatnikami podatku od towarów i usług VAT lub są dużymi podatnikami, mogącymi spełnić wymagania Zamawiającego w zakresie potencjału ekonomicznego i technicznego. Wszystkie inne podmioty, które są zwolnione z podatku od towarów i usług VAT będą gorzej traktowane a ich oferty będą odrzucane jako stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji co naraża Zamawiającego na zarzut prowadzenia postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania - art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego to Zamawiający dopuszcza się naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdy odrzuca ofertę Odwołującego. Idąc dalej takim tokiem rozumowania można byłoby stwierdzić, że podatnicy którzy płacą wyższą stawkę podatku będą lepiej traktowani w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. I tak dla przykładu podatnicy, którzy podlegają podwójnemu opodatkowaniu podatkiem CIT i PIT, jak np. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością będzie lepiej traktowana od podmiotu, który płaci tylko jeden rodzaj podatku jak np. osoba prowadza indywidualną działalność gospodarczą. Innym przykładem może być lepsze traktowanie w przetargu osoby fizycznej opodatkowującej swoje przychody według stawki progresywnej 18% i 32%, od osoby fizycznej, która opodatkowuje swoje przychody według stawki ryczałtowej 5,5 % lub 8,5%. Odwołujący wskazał również, że wśród spółek z ograniczoną odpowiedzialnością również istnienie rozróżnienie w wysokości opodatkowania podatkiem dochodowym od osób prawnych. Niektórzy podatnicy mogą być opodatkowani preferencyjną stawką 9% CIT. Ustawa z dnia 23 października 2018 r. o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych, ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2018 poz. 2159), wprowadza preferencyjną stawkę w rozliczeniu CIT w wysokości 9%. Zgodnie z art. 17 tejże Ustawy, zmiana brzmienia w art. 19 ust. 1 pkt. 2 wprowadzającego nową stawkę, wchodzi w życie z dniem od 1 stycznia 2019 roku. Prawo do stosowania preferencyjnej stawki podatku CIT przysługiwać będzie tylko wybranym podatnikom, którzy spełnią łącznie dwie przesłanki; a) przychody podatnika osiągnięte w roku podatkowym nie mogą przekroczyć kwoty 1,2 min EUR; b) podatnik posiadał będzie status małego podatnika. Wobec powyższego powstanie pytanie, czy jeżeli w postępowaniu będzie występował podmiot lub konsorcjum podmiotów, które płacą preferencyjną stawkę podatku CIT w wysokości 9%, to będzie to oznaczało, że złożenie oferty przez taki podmiot lub konsorcjum podmiotów, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w stosunku do pomiotu, który płaci podatek CIT według stawki 19%? Odwołujący wskazując na powyższe okoliczności pragnie podkreślić, że w obecnym systemie podatkowym podatnik ma prawo wyboru sposobu opodatkowania spośród kilku możliwych form. Jest to prawo podmiotowe podatnika i nie może być traktowane jako czyn nieuczciwej konkurencji albowiem jest przez prawo wprost dozwolone. Odwołujący wskazuje również, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy konkurują nie tylko wysokością marży. Konkurują wysokością kosztów pracy bowiem w zależności od właściwości wykonawców mogą oni płacić różne składki na PFRON, różne składki na ubezpieczenie wypadkowe. Wykonawcy mogą konkurować wysokością podatku VAT ponieważ mogą przysługiwać im zwolnienia. Wykonawcy konkurują także wysokością marży. Mogą również otrzymywać pomoc publiczną. Nie ulega wątpliwości, ze każda składowa ceny ma istotny wpływ na kalkulacje oferty. Gdyby podatek VAT miał być, wartością stałą dla wszystkich wykonawców, ustawodawca dopuściłby możliwość ustalenia ceny netto jako kryterium oceny ofert. Ustawa Prawo zamówień publicznych jednak na to zdecydowanie nie zezwala, właśnie po to, aby umożliwić konkurowanie ceną jako całością. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, jakoby działanie Odwołującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na wymuszaniu na Zamawiającym wyboru oferty Odwołującego. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych wymuszają bowiem na Zamawiającym wybór oferty najkorzystniejszej według obiektywnych kryteriów, a nie swobodnego uznania. W warunkach wolnej gospodarki rynkowej każde zachowanie przedsiębiorcy, które nie jest reglamentowane prawem bezwzględnie obowiązującym, jest prawnie dopuszczalne. Ponadto niewykorzystanie możliwości zwolnienia z podatku przez zarząd spółki, mogłoby być potraktowane jako niegospodarność i działanie na jej niekorzyść. Odwołujący wskazuje, że zamiar pozyskania zamówienia publicznego lub dążenie do maksymalizacji zysku to cele, które przyświecały każdemu z wykonawców składających w postępowaniu ofertę. Zmniejszanie obciążeń

podatkowych jest działaniem racjonalnym i nosi nazwę optymalizacji podatkowej. Optymalizacja podatkowa to działanie legalne, które obejmuje czynności wykorzystujące odpowiednie regulacje prawne i realizowane w celu minimalizacji obciążeń podatkowych. W ramach takich działań wykorzystywane są przewidziane przez przepisy podatkowe ulgi, zwolnienia, odliczenia. W ramach optymalizacji podatkowej przeprowadzane są również czynności restrukturyzacyjne, czy też wykorzystywane są różne formy prawne prowadzenia działalności gospodarczej. Korzystanie z dopuszczalnego prawem zwolnienia podatkowego nie rożni się co do zasady od otrzymywania pomocy publicznej, np. otrzymywania dofinansowania do płac z PFRON. Co do tej kwestii sąd krajowy w trybie prejudycjalnym zwrócił się do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem, czy sam fakt dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy otrzymują subsydia mogące spowodować złożenie ofert tańszych, może stanowić naruszenie zasad równego traktowania oraz konkurencji. Trybunał w odpowiedzi wskazał, że jedynie niezgodność pomocy publicznej z prawem wspólnotowym powinna powodować wykluczenie z postępowania. Tym samym, podobnie jak w polskiej ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, działanie zgodne z prawem, zdaniem ETS, nie może być kwalifikowane jako czyn naruszający konkurencję i skutkujący koniecznością wykluczenia z postępowania lub odrzucenia oferty (Wyrok ETS z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-94/99 ARGE Gewasserschutz przeciwko Bundesministerium fur Land- und Forstwirtschaft, Zb. Orz. 2000, s. 1-11037). Podał ponadto, że na uwagę zasługuje również fakt, że członkowie Konsorcjum nie są jedynie spółkami, które zostały stworzone pod konkretny cel związany z udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia zorganizowanego przez Zamawiającego. Członkowie Konsorcjum z powodzeniem realizowali także inne umowy w roku 2018 jak również realizują w roku bieżącym umowy i usługi zatrudniając pracowników. Członkowie Konsorcjum są odrębnymi spółkami posiadającymi osobowość prawną i mogą samodzielnie egzystować na rynku świadcząc usługi na rzecz innych podmiotów. Członkowie Konsorcjum wykonują usługi na rzecz Skarbu Państwa - Wojskowych Oddziałów Gospodarczy - jako podmioty zwolnione z podatku od towarów i usług VAT, co nie było i nie jest postrzegane jako czyn nieuczciwej konkurencji. Tak więc zarzut czynu nieuczciwej konkurencji jakoby były to spółki celowe nie ma odzwierciedlania w rzeczywistości. Jednocześnie członkowie Konsorcjum zaoferowali taką cenę, która przy uwzględnieniu ich innej sprzedaży, nie będzie powodować przekroczenia progu uprawniającego do zwolnienia z VAT. Prócz powyższych okoliczności Odwołujący pragnie wskazać, że dla Zamawiającego - 43 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Swiętoszowie - kwestia VAT nie ma żadnego znaczenia albowiem 43 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Swiętoszowie nie jest podatnikiem VAT. 43 WOG w Swiętoszowie nie sprzedaje żadnych usług opodatkowanych podatkiem od towarów i usług VAT i nie może odliczyć podatku od towarów i usług VAT z usługi świadczonej przez Odwołującego. Należy również mieć na uwadze, że Oferta Odwołującego jest tańsza od Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego FACTUM sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy o kwotę 149.148,03 złotych (2.092.168,03 oferta FACTUM — 1.943.020,00 oferta odwołującego = 149.148,03 zł). Z punktu widzenia Zamawiającego zaoszczędzenie kwoty 150 tyś. złotych winno mieć znaczenie i Zamawiający powinien wybrać ofertę tańszą. Podsumowując powyższe argumenty należy podkreślić, że Odwołujący zawiązał konsorcjum w celu połączenia potencjału i łącznego spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Działanie spółek tworzących konsorcjum a zarazem mali podatnicy zwolnieni z podatku VAT, nie powinno zamykać drogi do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Działanie spółek tworzących konsorcjum jest w pełni zgodne z prawem i nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, tym bardziej dlatego, że w świetle przepisów prawa podatkowego każdy kto spełnia warunki określone w art. 113 ustawy o podatku od towarów i usług VAT może być zwolniony z obowiązku naliczania tego podatku. Takim podmiotem zwolnionym z podatku VAT może być również Przedsiębiorstwo Produkcyjno- Usługowo-Handlowego FACTUM sp. z o.o.

z siedzibą w Bydgoszczy o ile będzie spełniać przesłanki zwolnienia z VAT określone w przepisie art. 113 cyt. ustawy o VAT.

II. Odnośnie zarzutu dotyczącego powierzenia przez Odwołującego całości zadania podwykonawcy, co jest sprzeczne z ustawą Prawo zamówień publicznych wskazał, że zarzut ten również niezgodny jest ze stanem faktycznym. Przedstawiciel Konsorcjum pismem z dnia 11 kwietnia 2019 r. złożył wyjaśnienia w zakresie wątpliwości podnoszonych przez Zamawiającego, wskazując, że podany w formularzu ofertowym podwykonawca, którym jest Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych sp. z o.o., będzie odpowiedzialny tylko za pełnienie nadzoru nad jakością świadczonych usług związanych z realizacją umowy na „usługę obsługi zleconej kotłowni na opał stały administrowany przez 43 WOG Świętoszów - sprawa 22/PN/2019". Przedstawiciel Konsorcjum w piśmie z dnia 11 kwietnia 2019 roku wyjaśnił jednocześnie, że wszystkie czynności związane z obsługą kotłowni wynikające z umowy świadczyć będzie konsorcjum - wszyscy jej członkowie. Mając na uwadze powyższe wydaje się, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego pominął treść wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum w piśmie z dnia 11.04.2019 r. Z pisma tego jednoznacznie wynika, że Odwołujący nie zamierza powierzyć całości zamówienia podwykonawcy lecz jedynie czynności związane z nadzorem. Wszystkie inne czynności będą wykonywane przez Odwołującego. Ponadto fakt, że czynności wykonywane będą przez członków Konsorcjum, wynika również z pisma Odwołującego z dnia 11.04.2019r. dotyczącego wyjaśnień w sprawie zwolnienia z podatku od towarów i usług VAT. W piśmie bym jednoznacznie zostało podkreślone, że wszyscy członkowie konsorcjum będą wykonywać czynności związane z przedmiotowym

postępowaniem i w związku z tym będą wystawiać faktury Zamawiającemu, co świadczy o tym, że nie zostaną te czynności powierzone podwykonawcy.

III. Odwołujący zarzucił ponadto błędne zastosowanie przepisów ustawy Pzp przejawiające się nie wykluczeniem Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego FACTUM sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy z postępowania oraz nie odrzuceniem jego oferty. Oferta Przedsiębiorstwa powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1 i w zw. z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp oraz w zw. z pkt. 9.3 SIWZ, albowiem została przekazana Zamawiającemu jako skan oferty opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zamawiający w pkt. 4 SIWZ (str. 2 SIWZ) wskazał, że „Ofertę (formularz ofertowy i formularz cenowy) oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a - Jednolity Europejski Dokument Zamówienia - sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym...” Następnie Zamawiający w pkt. 9.3 SIWZ wskazał, że „Oferta powinna być sporządzona w języku polskim z zachowaniem postaci elektronicznej w formacie danych .doc, ,docx, ,xls, ,xlsx, .pdf i podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną, pod rygorem nieważności. Sposób złożenia oferty, w tym zaszyfrowania ofert, opisany został w Regulaminie korzystania z miniPortalu. Ofertę należy złożyć w oryginale. Zamawiający nie dopuszcza możliwości złożenia skanu oferty opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym”. Mając na uwadze powyższe Odwołujący wskazuje, że oferta złożona przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowego FACTUM sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy nie spełnia ww. kryterium. Oferta złożona przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowego FACTUM sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy została zeskanowana, opatrzona podpisem kwalifikowanym a następnie przesłana do Zamawiającego. Dokument taki nie jest traktowany jako oryginał lecz jest pojmowany jako skan oferty, co jest wprost sprzeczne z postanowieniem pkt. 9.3 SIWZ. Skoro wykonawca przesłał skan oferty Zamawiającemu, to istnieje w naturze i w posiadaniu Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowego FACTUM sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy oryginalna oferta sporządzona w wersji pisemnej i opatrzona własnoręcznym podpisem prezesa zarządu Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego FACTUM sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, która nie została przekazana Zamawiającemu. Powyższe oznacza, że Zamawiający powinien uznać, że oferta Przedsiębiorstwa Produkcyjno- Usługowo-Handlowego FACTUM sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy nie została złożona w oryginale i w związku z tym Zamawiający powinien taką ofertę odrzucić. Zamawiający sam w SIWZ wskazał, że nie dopuszcza możliwości złożenia skanu oferty opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Skoro zatem tak, to oferta Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowego FACTUM sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy winna zostać odrzucona. Odwołujący wskazuje, że Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo- Handlowe FACTUM sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy miało możliwość zaskarżenia postanowień SIWZ dotyczących sposobu złożenia oferty przez wykonawców w niniejszym postępowaniu, żądając zmiany zapisu SIWZ dotyczącego sposobu złożenia oferty. Skoro jednak Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowego FACTUM sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy nie zaskarżyło we właściwym czasie postanowień SIWZ, to znaczy, że akceptuje reguły ustalone przez Zamawiającego, w tym obowiązek złożenia oferty w oryginale, a nie w kopii elektronicznej dokumentu. Akceptuje zatem brak możliwości złożenia oferty zeskanowanej, która następnie zostanie opatrzona elektronicznym podpisem. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowego FACTUM sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy winno zatem złożyć ofertę w oryginale, tj. wytworzonej przez w portalu, opatrzonej podpisem elektronicznym i przesłanej do Zamawiającego. Zamawiający natomiast skoro wprowadził do SIWZ zapis o tym, że nie będzie akceptował skanu oferty opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, powinien przestrzegać ustalonych przez siebie reguł i w związku z tym powinien taką ofertę odrzucić. Wybór natomiast zeskanowanej oferty opatrzonej podpisem elektronicznym jest ewidentnym naruszeniem ustalonych przez

Zamawiającego postanowień SIWZ. Ponadto Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowego FACTUM Sp. o.o. przedłożyło oświadczenie o grupie kapitałowej niezgodnie z wymogami SIWZ i ustawą - oświadczenie nie zostało złożone w oryginale z podpisem elektronicznym a w formie skanu, bez podpisu elektronicznego. SIWZ wskazuje wyraźnie w punkcie 5.2 „Wykonawca przekazuje Zamawiającemu oryginał oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy PZP w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym” . Prócz powyższego wskazuję, że wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowego FACTUM sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy powinien zostać wykluczony z przedmiotowego postępowania a jego oferta powinna zostać odrzucona z tego względu, że wykonawca ten nie przedłożył na wezwanie Zamawiającego zaświadczenia ZUS o niezaleganiu ze składkami we właściwej formie w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zaświadczenie z ZUS o niezaleganiu ze składkami powinno być opatrzone odręcznym podpisem pracownika ZUS i imienną pieczątką. Dokument wygenerowany przez system z opisem, iż został wygenerowany i podpisany podpisem elektronicznym pracownika ZUS nie może być wydrukowany i opatrzony pieczątką „za zgodność z oryginałem” a następnie zeskanowany przez Wykonawcę, ponieważ traci ważność i autentyczność podpisu elektronicznego pracownika ZUS. W taki sposób nie jest możliwe zweryfikowanie autentyczności podpisu pracownika ZUS, który wydaje przedmiotowe zaświadczenie. Wobec powyższego Zamawiający powinien był uznać, że wykonawca Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo- Handlowego FACTUM sp. z o.o. z siedzibą w

Bydgoszczy nie przedłożył zaświadczenia, o niezaleganiu w opłacaniu składek i związku z tym nie wykazał warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący zarzuca również Zamawiającemu nie wykluczenie Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego FACTUM sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy w zakresie zadania nr 2 i nie odrzucenia jego oferty w tym zakresie z uwagi na nie wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia. Zamawiający wskazał w SIWZ, że „o udzielenie zamówienia ubiegać się mogą wykonawcy, którzy zgodnie z art. 22 ust. 1b ustawy PZP: spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje należycie dla Części 2 co najmniej jedną usługę główną polegającą na obsłudze zleconej kotłowni za kwotę minimum 900 000,00 zł brutto" (pkt. 3 ust. 1 lit. c) SIWZ). Konsekwencją tego zapisu była również treść załącznika nr 9a do SIWZ - „Wykaz usług", w którym Zamawiający wskazał, że „dla wyszczególnionych w tabeli usług należy załączyć dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie". Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że „przewiduje wykluczenie Wykonawcy, który z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania" (pkt, 4 ust. 2 lit. b) SIWZ). W zakresie zadania nr 2 Przedsiębiorstwo Produkcyjno- Usługowo-Handlowego FACTUM sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy przedłożyło wykaz usług, z którego wynika, że wykonywało w okresie od 01.10.2016r. do 30.04.2017r, obsługę, naprawę konserwację kotłowni na rzecz PKP S.A. Centrala Al. Jerozolimskie 142A, 02-305 Warszawa. Na potwierdzanie złożonego wykazu usług Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowego FACTUM sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy przedłożyło „Poświadczenie wykonania umowy z dnia 31.10.2017 r.". W treści tego dokumentu znajduje się stwierdzenie, że „PKP S.A. w Warszawie, (...), potwierdza wykonanie przez firmę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowego „FACTUM" Sp. z o.o. (...) usługi polegającej na przeładunku do kotłowni paliwa stałego: węgla kamiennego (miału i eko - groszku) i koksu oraz obsłudze, naprawie i konserwacji kotłów grzewczych w budynkach zarządzanych przez PKP S.A. Zamówienie realizowane było w terminie od dnia 01 października 2016 r. do dnia 30 kwietnia 2017 r. Zgodnie z umową wartość zamówienia wynosiła 1.641.073,- netto." Odwołujący wskazał, że z treści ww. poświadczenia wykonania umowy nie wynika aby Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowego FACTUM sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy wykonało usługę w sposób należyty. W treści poświadczenia są informacje o wysokości zamówienia, okresie realizacji usługi, podmiocie Zamawiającego, jednakże brakuje podstawowej informacji o tym, że usługa została wykonana w sposób należyty, co jest sprzeczne z postanowieniami SIWZ, przepisami ustawy Pzp i ukształtowanym w tym zakresie orzecznictwem KIO. Odwołujący zwrócił uwagę, że KIO w wielu orzeczeniach w tym zakresie wskazywała, że „referencje muszą zawierać jedynie informacje pozwalające na identyfikację podmiotu, który zadanie wykonał, podmiotu, na rzecz którego zadanie zostało wykonane, daty realizacji, ewentualnie wartość i przedmiot umowy oraz to, że zadanie zostało wykonane w sposób należyty. (KIO 871/18 - wyrok KIO z dnia 25-05-2018). Podobne rozstrzygnięcie znajduje się w wyroku KIO o sygn. akt. 1116/18 - wyrok KIO z dnia 21-06-2018, „Z treści referencji winno wynikać potwierdzenie należytego wykonania zamówienia, natomiast nie muszą one zawierać opisu zakresu dostaw wyczerpującego opisany przez zamawiającego warunek. W referencjach co do zasady nie opisuje się zakresu prac w sposób szczegółowy, wskazując jedynie na ich ogólny zarys. Wykonawca zwracając się do wystawcy referencji o ich uzyskanie może nie mieć wpływu na ich kształt, a nawet jeżeli w jakimś zakresie jest to możliwe, to ustalenie brzmienia referencji w taki sposób, aby odpowiadały one warunkom w różnych postępowaniach, jest bardzo utrudnione. Tym samym zamawiający nie może oczekiwać i wymagać, aby z treści referencji, pochodzącej od podmiotu trzeciego, zwykle wystawionej wcześniej i nie w związku z postępowaniem, w którym zostaje złożona, wynikało coś więcej niż potwierdzenie należytego wykonania zamówienia scharakteryzowanego pod względem elementów koniecznych dla wykazania warunku w wykazie stanowiącym oświadczenie własne wykonawcy." Dokument przedłożony przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno- Usługowo-Handlowego FACTUM sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy nie zawiera stwierdzenia, że usługa w nim wskazana została wykonana należycie, co jest głównym zadaniem referencji aby wykazać że usługi zostały świadczone w sposób nie budzący zastrzeżeń. Poświadczenie umowy jedynie dowodzi, że wykonawca taki kontrakt realizował. Ponadto Odwołujący zarzuca, że podana przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo- Handlowego FACTUM sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy kwota 1.641.073,- złotych netto dotyczy całości zamówienia, którego przedmiotem było: przeładunek do kotłowni paliwa stałego: węgla kamiennego (miału i eko - groszku) i koksu oraz obsługa, naprawa i konserwacja kotłów grzewczych w budynkach zarządzanych przez PKP S.A.". Kwota 1.641.073,00 złotych netto nie dotyczyła jedynie usługi związanej z obsługą kotłowni i prawdopodobnym jest że wartość jedynie tej usługi jest znacznie niższa niż wskazana do spełnienia warunku. Warunkiem natomiast udziału w postępowaniu w zakresie zadania nr 2 przedmiotowego postępowania było posiadanie doświadczenia w zakresie obsługi kotłowni na kwotę 900.000,00 złotych brutto. Powyższe stanowisko jest tym bardziej zasadne jeżeli wziąć pod uwagę, że przedmiot postępowania zorganizowanego przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. dotyczył „dostawy paliwa stałego dla Grupy Zakupowej PKP S.A. na sezon grzewczy jesień 2016 - wiosna 2017 oraz jego przeładunek do kotłowni, obsługa, naprawa i konserwacja kotłów grzewczych" nr sprawy: ICZle-231-10/2018. Dowód: Wyciąg z SIWZ ww. postępowania. Cena 1.641.073,00 złotych związana była zatem z zakupem węgla kamiennego, węgla miałowego i eko-groszku dla

Zamawiającego a następnie jego przeładunek do kotłowni, obsługa i ewentualna naprawa i konserwacja kotłów grzewczych. Oznacza to, że cena realizacji przedmiotowej usługi w ok. 70% związana była z zakupem węgla kamiennego, węgla miałowego i eko-groszku, co prowadzi do wniosku, że Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe FACTUM sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy nie wykazało, że posiada wymagane doświadczenie w zakresie zadania nr 2 przedmiotowego postępowania. Tym samym przy wyborze w przedmiotowym przetargu oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego FACTUM sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy doszło do naruszeń ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem wybrana została oferta nie najkorzystniejsza, zaś oferta Odwołującego została niewłaściwie oceniona, a w konsekwencji nieprawidłowo ją odrzucono. Zamawiający nie uwzględnił również wyjaśnień Odwołującego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 13 maja 2019 r. oświadczył, że uwzględnia część zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a mianowicie: 1) oceny oferty firmy z uwagi na przedłożenie oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego FACTUM sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy w formie skanu; 2) przedłożenia zaświadczenia o grupie kapitałowej; 3) przedstawienia zaświadczenia Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Co do pozostałych zarzutów z odwołania Konsorcjum oświadczył, że zarzuty nie podlegają uwzględnieniu. Także w piśmie z dnia 20 maja 2019 r. podtrzymał stanowisko wyrażone w piśmie Nr 5287/19 z dnia 13 maja 2019r. w zakresie uwzględnionych zarzutów, a dotyczących oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego FACTUM w Bydgoszczy oraz co do powtórzenia czynności oceny oferty tego wykonawcy ze szczególnym uwzględnieniem przedłożenia oferty w formie skanu, przedłożenia także w niewłaściwej formie (nie w oryginale) zaświadczenia o grupie kapitałowej oraz zaświadczenia z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych. Odnośnie oferty Odwołującego podtrzymał stanowisko co do oceny oferty Odwołującego albowiem jego zdaniem oferta Konsorcjum stosownie do art. 89 ust.1 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp jest niezgodna z ustawą, jaki i jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Podał, że w tej ofercie (...) jednoznacznie wskazano, że całość zamówienia zarówno na część I jak i 11 część zamówienia, wykona podwykonawca Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. ul. Joannitów 13, 50-525 Wrocław. Jest to fakt bezsporny. Późniejsze wyjaśnienia Odwołującego w trakcie postępowania oraz w odwołaniu potwierdzają zmianę treści złożonej oferty co stanowiło by naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający ma prawo żądać od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Wyjaśnienia te jednak nie mogą prowadzić do zmian w treści oferty, a muszą ograniczać się jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartej w ofercie. Przepis art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp należy interpretować tak, iż dopiero ewentualne próby zmiany treści oferty (w tym przypadku warunków realizacji przez inny podmiot całości zamówienia) w udzielonych wyjaśnieniach należy uznać za bezskuteczne/nieważne (...). Powołał się na wyrok KIO /UZP 992/09. Wskazał ponadto, że: „Wyjaśnienia treści oferty stanowią oświadczenie wykonawcy, którym jest on związany na równi ze złożoną ofertą. Jednak zamawiający musi odrzucić, w oparciu o przesłankę wynikającą z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ofertę wykonawcy gdy udzielone wyjaśnienia w jakikolwiek sposób świadczą o niezgodności samej oferty z treścią siwz. Wyjaśnienia wykonawcy zatem potwierdzają sprzeczność oferty z siwz i wyjaśnienia te nie stanowią samodzielnie podstawy do odrzucenia oferty a treść samej złożonej oferty (...). Także wskazał na wyroki KIO (KIO/UZP 860/09; KIO/UZP 925/09), podnosząc, że: „Wykonawca w złożonej ofercie zamierzał powierzyć wykonanie całości zamówienia podwykonawcy, co jest sprzeczne z art. 36a ustawy Prawo zamówień publicznych , art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, a także pkt. 3.3 w związku z pkt. 3 warunki udziału w postępowaniu ppkt.3.3 wraz z załącznikiem nr 2 formularz ofertowy do siwz. Potencjalny wykonawca miał obowiązek wykazania w formularzu ofertowym tej części zamówienia, której realizację powierzy podwykonawcy. W złożonej ofercie Konsorcjum Firm wykazało, że zarówno I jak i II części zamówienia a więc całość usługi obsługi zleconej kotłowni na opał stały administrowanych przez 43 WOG Świętoszów, zleci podwykonawcy”.

W tej odpowiedzi stwierdził ponadto, że: „Zamawiający nie może przyjąć również oferty, gdy w jego ocenie złożona oferta ukierunkowana jest na osiągnięcie korzyści w postaci pozyskania zamówienia publicznego z pominięciem podstawowych reguł uczciwej konkurencji czy też uczciwości kupieckiej, które zostało szeroko omówione zarówno w wyroku z dnia 9 marca 2017 roku sygn. akt: KIO 333/17 oraz Sądu Okręgowego w Krakowie, w wyroku z dnia 8 lipca 2014 roku sygn. akt Ca 141/14 oraz w uchwale z dnia 20 października 2011 roku, sygn. akt IICZP 53/11, Sądu Najwyższego. Zamawiający w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia podał, na jakich warunkach i w jaki sposób wraz z uwzględnieniem jakiej stawki podatku VAT wymagał będzie realizowania przedmiotowego zamówienia albowiem informacja taka wynika wprost z treści załącznika do s.i.w.z., (wzór oferty) który również jest jej treścią. W formularzu ofertowym bowiem, zamawiający podał stawkę podatku VAT — 23%. Jak wynika zatem z powyższego, każdy wykonawca biorący udział w przedmiotowym postępowaniu musiał dostosować się do wymagań zamawiającego opisanych w s.i.w.z. W uchwale z dnia 20 października 2011 roku, sygn. akt III CZP 53/11, Sąd Najwyższy wskazał bowiem, iż „Podstawowym dokumentem, który jest niezbędny dla przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia (s.w.i.z.). Na podstawie zawartych w niej warunków, wykonawcy przygotowują ofertę, jej bowiem treść jest wiążąca tak dla wykonawcy jak i dla zamawiającego. W ocenie Zamawiającego należy podzielić stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej z jednym wyroków w którym stwierdzono: „działanie odwołującego ukierunkowane jest na osiągniecie korzyści, w postaci pozyskania zamówienia publicznego, z pominięciem podstawowych reguł uczciwej konkurencji, czy też

uczciwości kupieckiej. Odwołujący swoim zachowaniem, poprzez nieuzasadnione wykorzystanie swojej pozycji podatkowej (zwolniony z podatku VAT z uwagi na nie osiągniecie wymaganego ustawą poziomu sprzedaży), poprzez sztuczne i nieuzasadnione zawiązanie „konsorcjum" oraz celowe i zamierzone wskazanie rozliczenia uczestników konsorcjum, w taki sposób, który miałby na celu ominiecie przepisów podatkowych, związanych z naliczaniem VAT, doprowadził do sytuacji, w której zostały zachwiane podstawowe zasady uczciwej konkurencji, uczciwości kupieckiej oraz dobrych obyczajów". Powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie, (wyrok z dnia 8 lipca 2014 roku, sygn. akt II Ca 141/14), cyt. interpretacji pojęcia "dobre obyczaje", o których mowa w art. 3 ust. 1 u.z.n.k, dokonał w K. w wyroku z dnia 28 czerwca 2007 V ACa 371/07: "Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. Uczciwość kupiecka), a wiec reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie maja tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo. (...) dobre obyczaje, stanowiące uzupełnienie porządku prawnego, nie będąc normami prawnymi są natomiast wzorcami postępowania - podobnie jak zasady współżycia, czy ustalone zwyczaje, i powinny być przestrzegane przez podmioty gospodarcze prowadzące działalność rynkowa. Co istotne, ustalenia, ze działania producenta wypełniają znamiona deliktu opisanego w art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie trzeba wykazywać naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta, wystarczy ustalenie, ze taka działalność owemu interesowi zagraża" (wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 5 października 2006 1 ACa 1 103/06)". Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w załączniku nr 2 formularz ofertowy zarówno dotyczącej części nr 1 i części nr 2 wskazał wysokość należnego i prawidłowego naliczenia podatku stawki VAT do przedmiotowego zamówienia. Wykonawca Konsorcjum firm dokonało samodzielnie zmiany jej treści co było też niedopuszczalne. Dodatkowo Konsorcjum Firm poprzez złożenie oferty celem pozyskania zamówienia publicznego wykorzystuje w sposób dla siebie korzystny skład procentowy w konsorcjum, aby cena ofertowa była korzystniejsza - co narusza czyn uczciwej konkurencji i rzetelności kupieckiej i jest niezgodne z art. 89 ust.1 pkt 1, 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych.

Izba rozpoznając odwołanie ustaliła, co następuje:

Odwołujący odnośnie oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa P rodu kcyj no-Usługowo-Handlowego FACTUM sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (PPUH Factum sp. z o.o.) wskazał, że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 10a ust. 5 ustawy Pzp oraz w zw. z pkt. 9.3 SIWZ, albowiem ta oferta nie została złożona w oryginale, lecz jako skan oferty, a Zamawiający nie dopuścił możliwości złożenia skanu oferty opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Podniósł również, że ten wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp, albowiem nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał na brak przedłożenia we właściwej formie zaświadczenia o grupie kapitałowej oraz zaświadczenia ZUS i brak (w zakresie części 2) właściwego dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi wymaganej pkt 3 ust.1 lit. c) SIWZ.

Zamawiający w piśmie z dnia 13 maja 2019 r. podał, że: (...) uwzględnia część zarzutów przedstawionych w odwołaniu, a mianowicie: 1) oceny oferty firmy z uwagi na przedłożenie oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego FACTUM sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy w formie skanu, 2) przedłożenia zaświadczenia o grupie kapitałowej, 3) przedstawienia zaświadczenia Zakładu Usług Społecznych (uwaga KIO: popełniono omyłkę: powinno być „Ubezpieczeń" w miejsce „Usług").

W związku z powyższym Zamawiający 43 Wojskowy Oddział Gospodarczy z siedzibą w Swiętoszowie przy ul. Saperskiej 2, powtórzy ocenę oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego FACTUM sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy".

W pozostałym zakresie Zamawiający nie uwzględnił zarzutów, które to stanowisko podtrzymał na rozprawie.

Odwołujący w piśmie z dnia 20 maja 2019 r. oraz w stanowisku na rozprawie w zakresie zarzutów podniesionych do spółki FACTUM stwierdził, że: „Zamawiający nie uwzględnił jednego z podstawowych zarzutów i zarazem wniosków Odwołującego dotyczącego przedmiotowego postępowania, a mianowicie unieważnienia czynności wyboru oferty

Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego FACTUM sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy w zakresie zadania nr 1 i 2. Bez unieważnienia czynności wyboru oferty nie jest możliwe dalsze prowadzenie postępowania i ewentualne badanie oferty (...) FACTUM sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy. Czynność wyboru oferty jest jedną z najważniejszych czynności w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i bez formalnego unieważnienia wyboru oferty nie jest możliwe ponowne badanie ofert. Jeżeli Zamawiający nie unieważnił czynności wyboru oferty, to czynność ta pozostaje w mocy i Zamawiający zobowiązany jest do zawarcia umowy z podmiotem, którego oferta została wybrana". Wobec powyższego Odwołujący podtrzymał wniosek o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy PPU-H FACTUM sp. z o.o. w zakresie części 1 i 2 postępowania.

Odnośnie jego oferty, wskazał na bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego podnosząc zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 3 w zw. z art. 36a ust. 1, art. 36b ust. 1 oraz 7 ust. 3 ustawy Pzp wskutek błędnego uznania, że złożenie oferty stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz, że Odwołujący zamierza powierzyć całość zamówienia podwykonawcy. Także podniósł zarzut naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp wskazując, że złożył stosowne wyjaśnienia co do powierzenia przez Odwołującego zakresu prac podwykonawcy i okoliczności uzasadniających cenę podaną w jego ofercie.

Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej zarówno, co do części 1 jak i 2 (pismo z dnia 29/04/19) w zakresie podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego wskazał na przepisy Pzp:

„Art. 89 ust. 1 pkt 1, pkt 3 ustawy (...) w związku z pkt. 1 (opis przedmiotu zamówienia) pkt 1, pkt 4 SIWZ

Art. 36a ust. 1, art. 36b ust. 1, art. 7 ust. 3 ustawy (...) w związku z pkt. 3 warunki udziału w postępowaniu ppkt 3.3 wraz z załącznikiem nr 2 formularz ofertowy do SIWZ".

W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia tej oferty wskazał na następujące okoliczności: „Wykonawca Konsorcjum firm (...) w dniu 10.04.2019 r. w trybie art. 87 ustawy (...) został wezwany do wyjaśnień w zakresie podstawy zwolnienia i rozliczenia stawki VAT oraz podwykonawstwa. Wykonawca Konsorcjum firm (...) wyjaśnił, iż podtrzymuje stanowisko w sprawie VAT i jest w stanie zagwarantować utrzymanie zaoferowanych w formularzu ofertowym cen i powierzenia podwykonawstwa Przedsiębiorstwu Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. (...). Wobec powyższego należy stwierdzić, że oferta Wykonawcy Konsorcjum firm stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 ustawy (...) jest niezgodna z ustawą, jaki i jej treść nie odpowiada treści SIWZ albowiem w złożonej ofercie wskazano, że całość zamówienia wykona podwykonawca Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. u(...). Wykonawca zatem w złożonej ofercie zamierzał powierzyć wykonanie całości zamówienia podwykonawcy, co jest sprzeczne z art. 36a ustawy (...), art. 7ust, 3 ustawy (...) oraz postanowieniami wymienionych w osnowie decyzji, a w szczególności pkt. 3.3 w związku z pkt. 3 warunki udziału w postępowaniu ppkt 3.3 wraz z załącznikiem nr 2 formularz ofertowy do SIWZ obowiązek wykazania w formularzu ofertowym tej części zamówienia, której realizację powierzy podwykonawcy. W złożonej ofercie Wykonawca Konsorcjum firm (...) nie wykazał żadnej części zamówienia a całość usługi obsługi zleconej kotłowni na opał stały administrowanych przez 43 WOG Świętoszów, co jest także sprzeczne ze złożonymi wyjaśnieniami w dniu 11.04.2019 r." Ponadto podał (jak zaznaczył) dodatkowo, że Zamawiający w (...) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w załączniku nr 2 formularz ofertowy zarówno dotyczącej części nr 1 i części nr 2 wskazał wysokość należnego i prawidłowego naliczenia podatku stawki VAT do przedmiotowego zamówienia. Wykonawca Konsorcjum firm (...) składając swoją ofertę, jak i w wyjaśnieniach z dn. 11.04.2019 r. podtrzymał swoje stanowisko dotyczące zwolnienia z podatku zgodnie z art. 113 ust. 1 ustawy o podatku od towaru i usług („ustawa o VAT") do przedmiotowego postępowania.

Zamawiający nie może przyjąć takiej oferty, albowiem w jego ocenie złożona oferta ukierunkowana jest na osiągnięcie korzyści w postaci pozyskania zamówienia publicznego z pominięciem podstawowych reguł uczciwej konkurencji czy też uczciwości kupieckiej, które zostało szeroko omówione zarówno w wyroku z dnia 9 marca 2017 roku sygn. akt: KIO 333/17 oraz Sądu Okręgowego w Krakowie, w wyroku z dnia 8 lipca 2014 roku sygn. akt Ca 141/14 oraz w uchwale z dnia 20 października 2011 roku, sygn. akt IICZP 53/11, Sądu Najwyższego. Zatem Wykonawca Konsorcjum firm ul. Łączna 2/S, 45-940 Opole poprzez złożenie oferty celem pozyskania zamówienia publicznego wykorzystuje w sposób dla siebie korzystny skład procentowy w konsorcjum, aby cena ofertowa była korzystniejsza narusza czyn uczciwej konkurencji i rzetelności kupieckie/'.

Zamawiający w pierwszym wezwaniu z dnia 10 kwietnia 2019 r. skierowanym do Odwołującego na podstawie art. 87 ust.1 Pzp o złożenie wyjaśnień treści oferty podał, że: „Wykonawca w formularzu ofertowym wskazał podwykonawcę tj.: Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. (...) nie precyzując dokładnie której części postępowania

przetargowego dotyczy i jaki zakres czynności powierza podwykonawcy. Przepis art. 36 ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 9b Pzp wynika zakaz powierzenia realizacji całości zamówienia podwykonawcy zgodnie z art. 7 ust. 3 Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy, a nie podwykonawcy". \N kolejnym (drugim) wezwaniu także z dnia 10 kwietnia 2019 r. skierowanym do Odwołującego podobnie na podstawie art. 87 ust.1 Pzp o złożenie wyjaśnień treści oferty podał, że: „Wykonawca w formularzu ofertowym wskazał stawkę VAT 0%. Ustawa o podatku od towarów i usług (...) Art. 113. pod. tow. i usł. Wartość sprzedaży a zwolnienia podatkowe w pkt. 1 Zwalnia się od podatku sprzedaż dokonywaną przez podatników, u których wartość sprzedaży nie przekroczyła łącznie w poprzednim roku podatkowym kwoty 200 000,00 zł. Do wartości sprzedaży nie wlicza się kwoty podatku, natomiast w pkt. 5 Ustawa o podatku od towarów i usług Dz.U.2018.0.2174 t.j. - Ustawa z dnia 1 1 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług Art. 113. pod. tow. i usł. Jeżeli wartość sprzedaży zwolnionej od podatku na podstawie ust. 1 przekroczy kwotę, o której mowa w ust. 1, zwolnienie traci moc począwszy od czynności, którą przekroczono tę kwotę.

Czy Wykonawca przy umowach na kwotę 1 072 000,00 PLN i 871 020,00 PLN gwarantuje utrzymanie zaoferowanych cen w formularzu ofertowym i cenowym przy utrzymaniu stawki \/A T 0% wskazanej w ofercie?"

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie (pierwsze z wezwań) w zakresie dotyczącym podwykonawstwa podał, że: (...) w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 10.04.2019 oświadcza, że wskazany podwykonawca, którym jest Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. będzie odpowiedzialny tylko za pełnienie nadzoru nad jakością świadczonych usług związanych z realizacją umowy na (...). W odpowiedzi na drugie z wezwań dotyczących wyjaśnienia ceny wykonawca podał, że (...) nawiązując do wezwania z dnia 10.04.2019 r., zobowiązującego do udzielenia wyjaśnień mających na celu potwierdzenie faktu, że nasze konsorcjum jest w stanie zagwarantować utrzymanie zaoferowanych w formularzu ofertowym ceny informuję, że wszyscy członkowie konsorcjum korzystają ze zwolnienia o którym mowa w art. 113 ustawy o VAT. Każdy z członków konsorcjum będzie brał czynny udział przy realizacji przedmiotowej usługi, zatem każdy z członków z osobna będzie wystawiał fakturę dla Zamawiającego za wykonanie swojej części przedmiotu zamówienia. Tym samym oświadczamy, iż jesteśmy w stanie zagwarantować utrzymanie zaoferowanych cen w formularzu ofertowym i cenowym przy zachowaniu zwolnienia z VAT na podstawie art. 113 ustawy o VAT w całym okresie zleconej obsługi dla części 1 oraz części 2."

Odwołujący w formularzu oferty w pkt 3 wskazał w tabeli na podwykonawcę wymienionego powyżej a w kolumnie "Część zamówienia jaką wykonawca zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcy" podano: „Usługa obsługi zleconej kotłowni na opał stały administrowanych przez 43 WOG Świętoszów".

Izba ustaliła, że przedmiot zamówienia stosownie do punktu 4.1. OPZ jego „Zakres obsługi kotłowni obejmuje w szczególności:

1) Kierowanie i prawidłowy nadzór pracy kotłowni:

a) kontrola czasu pracy palaczy,

b) kontrola przestrzegania tabel temperatur,

c) kontrola sprawności pracy urządzeń kotłowni,

d) kontrola obsługi kotłów — czyszczenie kotłów, odżużlowanie, usuwanie szlaki, kontrola poziomu wody i kondensatu,

e) kontrola zużycia opału,

f) wyniki i zakres kontroli potwierdzić wpisem w książce pracy kotłowni raz w tygodniu, o terminach kontroli powiadomić Zamawiającego z wyprzedzeniem minimum 2 dni roboczych.

2) wytwarzanie i przesyłanie czynnika grzewczego do ogrzewania obiektów, na potrzeby przygotowania c.w.u. i pary technologicznej,

3) dozór w zakresie obsługi urządzeń i instalacji służących do produkcji energii cieplnej,

4) zapewnienie gotowości urządzeń, instalacji i elementów kotłowni do produkcji energii cieplnej,

5) dostarczanie opału z placu magazynowego przy kotłowni sprzętem technicznym Wykonawcy do magazynu wewnętrznego (przy czym za magazyn wewnętrzny w kotłowni nr 1 w Żaganiu uważa się bunkry na opał) i do źródła ciepła,

6) obsługa urządzeń i instalacji kotłowni,

7) utrzymanie w ruchu ciągłym obsługiwanych kotłowni poprzez wykonanie czynności zgodnie z instrukcją obsługi kotłowni,

8) przestrzeganie instrukcji obsługi zamontowanych urządzeń, przepisów bhp, ppoż., ochrony środowiska,

9) prowadzenie wymaganej dokumentacji pracy kotłowni."

Mając na uwadze ustalony stan faktyczny Izba zważyła, co następuje:

Wydając wyrok w niniejszej sprawie Izba miała na uwadze regułę z art. 191 ust. 2 Pzp zgodnie z którą: „Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania". Także z art. 192 ust.7 Pzp: „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu".

Uwzględniając odpowiednio powyższe zasady Izba uznała, że: (1) odwołanie podlega uwzględnieniu w zakresie zarzutów dotyczących podstaw odrzucenia oferty Odwołującego; (2) co do zarzutów dotyczących oferty wykonawcy PP-UH FACTUM sp. z o.o. w zakresie uwzględnionym przez Zamawiającego postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu, a w odniesieniu do zarzutu związanego z dokumentem referencyjnym dla części 2 (nieuwzględnionym przez Zamawiającego, a podtrzymanym przez Odwołującego) oferty tego wykonawcy Izba stwierdziła jego niezasadność i orzekła o jego nieuwzględnieniu.

I. Zarzuty skierowane do oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego FACTUM sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy zostały przez Zamawiającego w piśmie z dnia 10 maja 2019 r. częściowo uwzględnione, który na rozprawie oświadczył, że ponownie dokona oceny tej oferty, albowiem za słuszny uznał zarzut złożenia oferty z naruszeniem jej formy w zw. z art 10a ust. 5 ustawy Pzp oraz w zw. z pkt. 9.3 SIWZ, albowiem oferta nie została złożona w oryginale, lecz jako - według jego ustaleń - skan oferty, a Zamawiający nie dopuścił możliwości złożenia skanu oferty opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Także za zasadny Zamawiający uznał - według jego ustaleń - zarzut braku przedłożenia zaświadczenia o grupie kapitałowej oraz zaświadczenia ZUS w wymaganej formie.

Stosownie do postanowień art. 186 ust.3a ustawy Pzp zamawiający może uwzględnić częściowo zarzuty. Ten przepis podobnie art. 186 ust. 2 Pzp czy ust. 4 i 4a odnosi się do zarzutów nie żądań. Jednocześnie ust.2 i ust.3 z uwzględnieniem zarzutów w całości nakłada na zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Izba uznała, że taki obowiązek odpowiednio dotyczyć będzie sytuacji, gdy zamawiający częściowo uwzględnił zarzuty.

Wobec powyższych ustaleń, Izba w takim zakresie orzekła o umorzeniu postępowania odwoławczego, wydając w tej części postanowienie.

Odnośnie zarzutu podniesionego także wobec oferty wykonawcy PP-UH FACTUM sp. z o.o. w zakresie zadania 2 skierowanego do dokumentu referencyjnego („Poświadczenie wykonania umowy z dnia 31.10.2017 r."), Izba podzieliła pogląd Zamawiającego i za niezasadny uznała ten zarzut stwierdzając, że z dokumentu referencyjnego nie wynika, aby usługa była wykonana nie należycie. Izba stwierdza także, że wymaganie pkt 9.3 ust.1 lit. c) SIWZ dotyczyło (...) co najmniej jednej usługi głównej polegającej na obsłudze zleconej kotłowni za kwotę minimum 900 000,00 zł brutto. Obsługa kotłowni nie została zdefiniowana. Tym samym twierdzenia wykonawcy oparte na opisie tego przedmiotu zamówienia nie mogą być uznane za miarodajne do kwestionowania tej usługi. Izba stwierdza ponadto, że zgodzić się należy z Zamawiającym, że przepisy prawa nie określają wymagań co do treści dokumentu referencyjnego. Z dokumentu referencyjnego, którego dotyczy zarzut nie wynika domniemanie, że usługa nie była wykonana należycie. Także takiego zarzutu nie formułuje wykonawca, podnosząc tylko brak w tym dokumencie stwierdzenia wprost o należytym wykonaniu usługi.

Izba w powyższym zakresie wskazuje, że dokonując ponownej oceny oferty wykonawcy PP-UH FACTUM sp. z o.o. w zakresie uwzględnionym, Zamawiający niewątpliwie w pierwszej kolejności musiałby unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, który to wybór dotyczy oferty tego wykonawcy, jednakże w stanie faktycznym sprawy z uwagi na uwzględnienie przez Izbę (o czym poniżej) zarzutów dotyczących podstaw odrzucenia oferty Odwołującego to Izba uwzględniając odwołanie w tym zakresie zobowiązana była również nakazać Zamawiającemu dokonanie czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

II. Zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1, pkt 3 ustawy (...) w związku z pkt. 1 (opis przedmiotu zamówienia) pkt 1, pkt 4 SIWZ oraz art. 36a ust.1, art. 36b ust. 1, art. 7 ust. 3 ustawy (...) w związku z pkt. 3 warunki udziału w postępowaniu ppkt 3.3 wraz z załącznikiem nr 2 formularz ofertowy do SIWZ, które to przepisy zostały wskazane w podstawach prawnych odrzucenia oferty Odwołującego podlegają uwzględnieniu.

W decyzji o odrzuceniu oferty (pismo z dnia 24.04.2019 r.) w jej podstawie prawnej Zamawiający wskazał na art. 89 ust.1 pkt 1 i pkt 3 ustawy Pzp w związku z pkt 1 (opis przedmiotu zamówienia) pkt 1, pkt 4 SIWZ. Wskazał także na art. 36a ust.1, art. 36b ust. 1,

art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w związku z pkt. 3.3 (Warunki udziału w postępowaniu...) wraz z załącznikiem nr 2 formularz ofertowy do SIWZ. Z kolei w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty wskazując na treść złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, Zamawiający w zakresie podwykonawstwa podał, że: (1) oferta Konsorcjum jest niezgodna z ustawą, jak i jej treść nie odpowiada treści SIWZ albowiem w złożonej ofercie wskazano, że całość zamówienia wykona podwykonawca oraz, że: (2) w ofercie Konsorcjum nie wykazało żadnej części zamówienia, a całość usługi obsługi zleconej kotłowni na opał stały administrowanych przez 43 WOG Świętoszów, co jest także sprzeczne ze złożonymi wyjaśnieniami w dniu 11.04.2019 r.

Izba nie zgodziła się z argumentacją Zamawiającego, co do odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1 Pzp z powodu jej niezgodności z ustawą Pzp. Także ze wskazywaną tylko w uzasadnieniu faktycznym podstawą - art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, gdzie zaznaczono także z tego powodu niezgodność oferty ze specyfikacją, ograniczając powyższe do podwykonawstwa. W pierwszej kolejności złożonych wyjaśnień nie można kwalifikować jako sprzecznych z treścią oferty. Niewątpliwie wykonawca w formularzu oferty w punkcie III w kolumnie oznaczonej: „Część zamówienia jaką wykonawca zamierza powierzyć do wykonania podwykonawcy" wykonawca wskazał na przedmiot zamówienia, a nie jeden z jego elementów, jednakże taka informacja nie mogła świadczyć, o zleceniu wykonania usługi w całości wskazanemu podwykonawcy z uwagi na zakres przedmiotu zamówienia wynikający z opisu zawartego w załączniku nr 2, w którym m.in. w punkcie 4.1 wskazano w ppunktach od 1 do 9 jakie czynności wchodzą w zakres obsługi kotłowni, w tym ppkt 1 (lit. a do f) wyspecyfikowano czynności związane z nadzorem pracy kotłowni. Niewątpliwie ustalenie zakresu podwykonawstwa z udziałem wykonawcy w trybie art. 87 ust.1 ustawy Pzp było możliwe i niesłusznym było a' priori założenie, że całość zamówienia wykona podwykonawca w sytuacji różnorodności zadań, w tym co do nadzoru oraz w sytuacji gdy wykonawcą zamówienia ma być Konsorcjum w którego skład wchodzi 9 spółek.

Izba uwzględniła także argumentację Odwołującego, co do niezasadnego zastosowania jako podstawy odrzucenia oferty Konsorcjum drugiej z przesłanek o których stanowi art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp. Możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia przez nieograniczony krąg wykonawców wynika wprost z przepisu art. 23 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, że: „Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia". Niewątpliwie wskazany art. 23 ust. 1 ustawy Pzp nie wprowadza ograniczeń co do powodów czy celów pozwalających wykonawcom tworzenie konsorcjum dla wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia. Przykładowo, przepis ten nie stanowi, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia tylko w celu łącznego spełniania kryteriów ustalonych w danym postępowaniu w zakresie doświadczenia, czy sytuacji ekonomicznej wykonawcy. W praktyce celem zawarcia umowy konsorcjum jest połączenie przez przedsiębiorców, nie spełniających warunków udziału w postępowaniu, ich potencjałów i wspólne dążenie do uzyskania zamówienia publicznego i późniejszej jego realizacji. Niewątpliwie - tak jak podnosił Odwołujący - przepis art. 23 ust. 1 ustawy Pzp zawiera otwarty katalog możliwych przypadków związanych z przyczynami wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Przepis ten nie wyklucza również sytuacji zawiązania konsorcjum w celu obniżenia kosztów świadczenia usługi, co może być także korzystne dla odbiorcy usługi. Ustawodawca w istocie przewidział w ustawie o podatku od towarów i usług VAT (w jej art. 113) możliwość zwolnienia podatkowego dla podatników osiągających przychód poniżej 200.000 zł rocznie. Jednocześnie Zamawiający nie twierdził, a tym samym nie dowodził, że przepisy prawa finansowego, w tym podatkowego sprzeciwiają się tworzeniu konsorcjum w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia

publicznego przez wykonawców, z których każdy indywidualnie nie będzie mógł skorzystać z takiego zwolnienia jako sprzecznego z obowiązującym prawem. W tym przypadku zawiązanie Konsorcjum w tym postępowaniu Zamawiający uznał jako działanie niedopuszczalne ze względu na dobre obyczaje i zasady współżycia społecznego. Zdaniem Izby, w przypadku tego Konsorcjum - jak wskazał Odwołujący i dowodził - celem jego utworzenia było przede wszystkim połączenie potencjałów wszystkich spółek wchodzących w skład Konsorcjum, aby spełnić wymagania Zamawiającego co do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 10% ceny całkowitej oferty. Na tę okoliczność przedstawił stosowne dowody, że zabezpieczenie w postaci gwarancji udzielanej przez gwaranta (ubezpieczyciela lub bank) dla przedsiębiorstw prowadzących działalność do dwóch lat udzielane jest na kwotę nie wyższą niż 25.000 zł. Wskazywane okoliczności nie pozwalają zdaniem Izby uznać, że w tym przypadku złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i z tego powodu zmierza do obejścia przepisów prawa. Izba dodatkowo zauważa, że Zamawiający określił stawkę podatku VAT w wysokości 23 %, jednakże nie dopuszczalność zmiany tej stawki przez Odwołującego w formularzu ofertowym nie była przez Zamawiającego podnoszona w podstawach decyzji o odrzuceniu tej oferty, w szczególności że przed złożeniem ofert ta kwestia (wysokość ustalonego w siwz podatku) nie była sporna.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku uwzględniając przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania

(Dz. U. z 2018 r. poz. 972).