

WYROK
z dnia 9 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 marca 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **E. S.C. J. M., R. M., J. M.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **E. J. M., R. M.** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą **E. R. M., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Związek Gmin Dorzecza Wisłoki, (...)**,

przy udziale **T. P.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **B. G. T. P., (...)**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **E. S.C. J. M., R. M., J. M.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **E. J. M., R. M.** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą **E. R. M., (...)** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **E. S.C. J. M., R. M., J. M.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **E. J. M., R. M.** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą **E. R. M., (...)** tytułem wpisu od odwołania.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 **Krośnie**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Związek Gmin Dorzecza Wisłoki, (...) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Inżynier Kontraktu dla Projektu pn. Modernizacja energetyczna budynków użyteczności publicznej na terenie Gmin należących do Związku Gmin Dorzecza Wisłoki - Zakres I*”.

Dnia 15 lutego 2017 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 20 lutego 2017 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **E. S.C. J. M., R. M., J. M.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **E. J. M., R. M.** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą **E. R. M.** (dalej „Odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, gdy jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

- 2) art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, gdy nie zawierała ona błędów w obliczeniu ceny;
 - 3) ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.
- W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie

zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 3) dokonanie wyboru oferty odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Odwołujący wskazał, iż nie utrudniał innym przedsiębiorcom dostępu do rynku ani nie działał w celu utrudnienia im dostępu do rynku, tym bardziej przez wymuszenie na zamawiającym swojego wyboru. Nie działał sprzecznie z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Każdy przedsiębiorca mógł zastosować przedmiotowe zwolnienie w sytuacji, gdy spełniał warunki określone w art. 113 ustawy o Vat. Odwołujący podniósł, że działa w wyniku szczegółowej analizy stanu prawnego w zakresie podmiotowości spółki cywilnej, jako podatnika podatku Vat. Co do zasady - w ujęciu prawa cywilnego - spółka cywilna oznacza umowę, w wyniku której wspólnicy oznaczają i zobowiązują się osiągać wspólne cele gospodarcze. Spółka cywilna nie posiada podmiotowości prawnej a podmiotami praw i obowiązków są wspólnicy.

Wspólnik spółki cywilnej odpowiada całym swoim majątkiem solidarnie ze spółką i z pozostałymi wspólnikami za zaległości podatkowe spółki. Ponadto - odpowiedzialność

3

dotyczy również byłego wspólnika za zaległości podatkowe z tytułu zobowiązań, których termin płatności upływał w czasie, gdy był on wspólnikiem. Ponadto - orzeczenie o odpowiedzialności wspólnika nie wymaga uprzedniego wydania decyzji w sprawach, o których mowa w art. 108 § 2 pkt 2 Ordynacji podatkowej, a rozstrzygnięcie w tych sprawach następuje w decyzji orzekającej o odpowiedzialności. Oznacza to, że podatnikiem jest spółka cywilna, natomiast wspólnicy spółki - są odpowiedzialni, ale za zaległości podatkowe. Nie oznacza to, że podatnikiem VAT jest wspólnik, wręcz przeciwnie - wspólnik odpowiada, ale za zaległości w tym zakresie. Nie dotyczy to tylko spółki cywilnej - dotyczy to również spółki jawnej, partnerskiej oraz komplementariusza spółki komandytowej albo komandytowo-akcyjnej. Jeśli więc spółka cywilna, utworzona znacznie wcześniej niż przetarg (nie utworzona w celu wystąpienia w tym przetargu) - jest drobnym przedsiębiorcą w rozumieniu art. 113 i spełnia warunki do uzyskania zwolnienia podmiotowego - to nie skorzystanie z powyższego stanowiłoby wręcz działaniem na szkodę przedmiotowej spółki.

Jeśli chodzi o § 9 ust. 2 umowy, w którym wskazano, że Lider jest także upoważniony do wystawiania faktur, to należy podkreślić, że postanowienie to nie ma charakteru bezwzględnie obowiązującego. W przedmiotowym postanowieniu określono uprawnienia Lidera konsorcjum, nie wykluczając uprawnień wspólnie które pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Z § 9 ust. 2 umowy nie wynika, że faktur nie mają prawa wystawiać pozostali konsorcjanci, zgodnie z wewnętrznym podziałem zadań określonym w umowie konsorcjum. Natomiast - nawet gdyby uznać, że sporne postanowienie jest niejednoznaczne - należy wskazać, że niejasności postanowień s.i.w.z. obciążają zamawiającego. Dodatkowo, postanowienie § 9 ust. 2 umowy dotyczy wyłącznie rozliczeń z zamawiającym. Należy zauważyć, że zamawiający w § 4 ust. 6 przewidział płatności przejściowe dokonywane kwartalnie, proporcjonalnie do postępu prowadzonych prac. Zgodnie z § 4 ust. 2 w przypadku zatwierdzenia przez zamawiającego raportu kwartalnego z pełnienia funkcji inżyniera kontraktu wykonawca uzyska prawo do wystawienia faktury przejściowej. W związku z nabyciem przez konsorcjum prawa do wynagrodzenia częściowego bez znaczenia jest, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wystawi fakturę za przedmiotowe usługi. W konsekwencji, zamawiający nie będzie mógł odmówić zapłaty wynagrodzenia częściowego powołując się na wystawienie faktury przez innego niż lider członka konsorcjum.

W tym kontekście bezzasadne są twierdzenia zamawiającego, że skoro wszystkie faktury miał obowiązek wystawić lider konsorcjum, to przychód realizowany przez lidera przekroczył próg zwolnienia określony w art. 113 ust. 1 ustawy o Vat. Przyjęcie argumentacji zamawiającego skutkowałoby uznaniem, że przychód z realizacji niniejszego zamówienia w całości realizowany jest przez lidera, co byłoby twierdzeniem sztucznym i przeczyłoby idei konsorcjum. Natomiast fakturowanie przez poszczególnych konsorcjantów - zgodnie

4

z wewnętrznym podziałem zadań, a w konsekwencji podziałem wynagrodzenia umownego - powinno być uznane za prawidłowy sposób rozliczeń z zamawiającym.

Należy również podkreślić, że spółka nie została powołana w celu uzyskania tego jednego zamówienia - spółka istnieje od 5 marca 2015 r. - w związku z powyższym - nie można mówić o sztucznym stworzeniu spółki w celu uzyskania tego zamówienia publicznego.

Twierdzenie zamawiającego o „stosowaniu sztucznej konstrukcji podatkowej” dla potrzeb niniejszego postępowania - jest niezgodne z prawdą. Spółka została utworzona w 2015 r., zasady podatkowe są stosowane przez odwołującego od dłuższego czasu (już w 2016 r.) więc absolutnie nie stworzył niniejszej konstrukcji w celu wzięcia udziału w tym postępowaniu.

Co do ekonomicznego uzasadnienia wykonywania przez odrębne podmioty prawne - jest to usługa złożona, która wymaga podziału obowiązków i potencjał jednego podmiotu - może nie wystarczyć do jej wykonania. Ponadto - zsumowane zasoby konsorcjantów umożliwiły odwołującemu, m.in. wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W ofercie znajduje się m.in. polisa OC oraz informacja z banku potwierdzająca wysokość przysługujących środków dotycząca E. J. M. Z kolei złożone wraz z ofertą dowody potwierdzające należyte wykonanie usług dotyczą usług wykonanych przez R. M..

Odwołujący wskazał, że jego działanie nie stanowi obejścia prawa - konstrukcje prawne nie są wykorzystywane w sposób sztuczny, ale wręcz naturalny - skoro J. M. i R. M. oraz spółka - nie przekraczają odpowiedniego poziomu przychodu - to spełniają warunki, o których mowa w art. 113 ustawy o Vat. Ponadto, wykorzystanie konsorcjantów miało uzasadnienie ekonomiczne w przedmiotowym postępowaniu, bowiem umożliwiło odwołującemu wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Złożenie oferty nie jest czynem nieuczciwej konkurencji.

W ocenie odwołującego, bezpodstawne jest również uznanie przez zamawiającego, że umowa konsorcjum dotycząca odwołującego stanowi umowę „z samym sobą” w rozumieniu art. 108 k.c. Zamawiający pominął fakt, że odwołujący złożył wraz z ofertą umowę spółki cywilnej E. s.c. z dnia 5 marca 2015 r., zgodnie z którą uprawnieni do reprezentowania spółki cywilnej są zarząd oraz ustanowieni pełnomocnicy, a także pełnomocnictwo z dnia 21 stycznia 2017 r. upoważniające S. M. do reprezentowania E. s.c. w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz na etapie realizacji umowy w sprawie zamówienia.

W konsekwencji umowa konsorcjum podpisana przez pełnomocnika E. s.c. S. M. oraz J. M. i R. M., reprezentujących E. J. M. oraz E. R. M. nie jest umową z samym sobą, o której mowa w art. 108 k.c.

Odwołujący wskazał, iż oferta nie zawiera żadnych błędów w obliczeniu ceny. Co istotne, w niniejszym postępowaniu złożono ofertę jednoznacznie informując zamawiającego o zwolnieniu na samym formularzu ofertowym. Powołanie się na zwolnienie podmiotowe jest prawidłowe. Zamawiający nie wykazał, że wykonawcy nie mogą powoływać się na to zwolnienie. Odwołujący dysponuje dokumentami potwierdzającymi możliwość powoływania się na to zwolnienie - zarówno wydrukami z oficjalnego serwisu podatkowego Ministerstwa Finansów, z jak również deklaracjami podatkowymi.

Podsumowując odwołujący wskazał, że w ofercie jawnie wskazał i oświadczył, że członkom jego konsorcjum przysługuje zwolnienie z podatku VAT. Złożenie oferty przez odwołującego nie stanowi więc czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a oferta nie zawiera błędów w obliczeniu ceny, bowiem powołanie się przez wykonawcę na zwolnienie podatkowe było prawidłowe.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem w przedmiotowym postępowaniu zamawiający odrzucił ofertę odwołującego z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 3 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Gdyby zamawiający nie odrzucił bezpodstawnie oferty, odwołujący uzyskałby zamówienie, ponieważ jego oferta była korzystniejsza niż oferta jedyne wykonawcy, którego oferta nie została odrzucona i podlegała ocenie w kryteriach oceny ofert.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca T. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą B. G. T. P..

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, wartość szacunkowa kwoty określone której zamówienia przekracza w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach

6

procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Dnia 1 lutego 2017 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego z prośbą o udzielenie wyjaśnień w zakresie ceny oferty, w szczególności w kontekście nieuwzględnienia w cenie stawki podatku od towarów i usług.

W odpowiedzi odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z obowiązującymi przepisami podatkowymi w roku 2017 podmiot, którego przychód nie przekroczy kwoty 200 000, 00 PLN jest zwolniony z podatku VAT. Zwolnienie wynika z art. 113 ustawy z dnia 11.3.2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2016 r. poz. 710 z późn. zm.), dalej jako „ustawa o Vat”. Odwołujący wskazał, że każdy z członków konsorcjum osobno korzysta ze zwolnienia z podatku VAT, o którym wspomniano wyżej, bowiem przychód z realizacji przedmiotowego zamówienia - każdego z osobna - nie przekroczy kwoty 200 000,00 PLN. Odwołujący wyjaśnił, że w ramach konsorcjum poczyniono ustalenie wedle którego konsorcjanci będą mogli wystawić faktury na następujące kwoty: E. S. c. - 98 100,00 PLN; E. J. M. - 98 000,00 PLN; E. R. M. - 71 266,63 PLN.

Odwołujący wskazał, że z powyższych powodów mógł zaoferować cenę, która nie uwzględniała stawki podatku VAT. Odwołujący zwrócił również uwagę, że każdy z konsorcjantów złożył oświadczenie w sprawie zwolnienia podmiotowego z podatku VAT oraz, że stosowna informacja została umieszczona w formularzu oferty. Ponadto odwołujący nadmienił w wyjaśnieniach, że cena oferty została skalkulowana rzetelnie, z zachowaniem należytej staranności oraz obowiązujących standardów.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Izba w całości podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego, jak i przystępującego, uznając je za własne.

W ocenie Izby działanie odwołującego ukierunkowane jest na osiągnięcie 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 nieosiągnięcie 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 omińnięcie przepisów podatkowych, związanych z naliczaniem VAT, doprowadził do sytuacji, w której zostały zachwiane podstawowe zasady uczciwej konkurencji, uczciwości kupieckiej oraz dobrych obyczajów.

Jak słusznie wskazał Sąd Okręgowy w Krakowie, w wyroku z dnia 8 lipca 2014 roku, sygn. akt II Ca 141/14, cyt. „(...) interpretacji pojęcia "dobre obyczaje", o których mowa w art.

7

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 więc 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 mają tu oceny zorientowane na zapewnienie

konkurencji poprzez rzetelne i niezakłócone funkcjonowanie 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 rynkową. Co istotne, ustalenia, że 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, że taka działalność owemu interesowi zagraża" (wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 5 października 2006 I ACa 1103/06)."

Izba nie kwestionuje możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia w formie tzw. „konsorcjum”. Ponadto stanowisko takie sprzeczne byłoby z art. 23 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Jednakże, idea ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przez kilku wykonawców tworzących „konsorcjum”, nie może wypaczać celu, w jakim to „konsorcjum” zostało powołane, a celem, bezsprzecznie jest uzyskanie danego zamówienia publicznego. „Konsorcjum” tworzone zazwyczaj jest w celu połączenia potencjału podmiotów, wchodzących w jego skład, w taki sposób, aby sprostać wymaganiom i warunkom postawionym przez zamawiającego. Ideą ubiegania się o udzielenie zamówienia przez kilka podmiotów łącznie nie może być ominięcie przepisów podatkowych, a taki cel zdaje się odwołujący założyć. Wykorzystanie takiego układu podmiotowego, narusza strukturę rynku małych przedsiębiorstw, dla których przepis art. 113 ust. 1 ustawy o podatku od towaru i usług („ustawa o VAT”) został stworzony. W ocenie Izby, za naganne uznać należy postępowanie odwołującego, który w sposób nieuzasadniony potrzebami, próbuje wymusić na zamawiającym określone zachowanie, nie mając ku temu podstaw.

Wskazać bowiem należy, że odwołujący, poprzez nieuzasadnione rozbieżne przewidywanego wynagrodzenia, w taki sposób kształtuje swój byt prawny, poprzez tworzenie (bez (wykorzystanie) określonych konstrukcji prawnych uzasadnienia ekonomicznego), dla osiągnięcia preferencyjnych skutków podatkowych, że narusza zasadę uczciwej konkurencji. Gdyby bowiem odwołujący, do ceny ofertowej doliczył podatek VAT, to

8

jego oferta nie byłaby już ofertą najkorzystniejszą cenową. Nadto wskazać należy, że odwołujący nie złożył jednej oferty w jednym postępowaniu, ale ofertę złożył również w zadaniu nr II, oraz w innym postępowaniu, prowadzonym przez innego zamawiającego, co w sposób dobitny może wskazywać, że celem odwołującego jest pozyskanie zamówienia publicznego „za każdą cenę”, wykorzystując w sposób dla siebie korzystny skład podmiotowy i udział procentowy w „konsorcjum”, aby cena ofertowa zawsze była korzystniejsza, a taka będzie, jeżeli nie będzie zawierała podatku VAT.

W powyższym zakresie za zasadne jest przywołanie wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 roku, sygn. akt X Ga 67/08, w którym Sąd wskazał, iż, cyt. „W płaszczyźnie stosunków kontraktowych zasady te wyrażają się istnieniem powszechnie akceptowanych reguł przyzwoitego zachowania się, także wobec ewentualnego przyszłego kontrahenta. Szczególne znaczenie mają reguły uczciwości i rzetelności kupieckiej, których należy wymagać od przedsiębiorcy, a mianowicie przestrzegania dobrych obyczajów, zasad uczciwego obrotu, rzetelnego postępowania czy lojalności i zaufania. Każdy z negocjatorów, a więc także udzielający zamówienia publicznego, powinien powstrzymać się od wszelkich zachowań, które świadczą o braku respektu dla interesów partnera lub wywołują uszczerbek w tych interesach. Chodzi tu jednak o przypadki wyraźnego działania na szkodę partnera lub powstrzymania się od określonych działań, jeżeli następują one ze świadomością działania na szkodę partnera. W niniejszej sprawie Sąd Okręgowy nie dopatrzył się takich działań ze strony Zamawiającego. Naturalnym jest, że Zamawiający zmierza do rozszerzenia

odpowiedzialności Wykonawcy a Wykonawca dąży do jej ograniczenia. Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, decyzja o złożeniu oferty odpowiadającej tym warunkom zawsze jednak należy do potencjalnego oferenta.”.

Wyrok powyższy znajduje również swoje zastosowanie w odniesieniu do zarzut dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Podnieść bowiem należy, iż 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 oraz w jaki sposób będzie wyglądało rozliczenie z wykonawcą. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że zamawiający nie podał jakiej oczekuje stawki VAT przy realizacji tego zamówienia, albowiem informacja taka wynika wprost z treści załącznika do s.i.w.z., 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

9

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 specyfikacji zamawiający, podając sposób obliczenia ceny (art. 36 ust. 1 pkt 12), może również określić stawkę podatku VAT. Jeżeli zatem zamawiający w s.w.i.z., w części dotyczącej sposobu obliczenia ceny, wskazał stawkę podatku VAT, wówczas kontrola oferty w tym zakresie może sprowadzić się do poprawienia oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3), jeżeli poprawienie nie spowodowałoby istotnych zmian w treści oferty. Może też skutkować odrzuceniem oferty, jeżeli różnica byłaby tego rodzaju, iż powodowałaby istotne zmiany w treści oferty a więc w sytuacji równoważnej z sytuacją gdy treść oferty pozostaje w sprzeczności z s.w.i.z. (art. 89 ust. 1 pkt 2), a nadto wówczas gdy wykonawca nie zgodził się na poprawienie omyłki (art. 87 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy). Jeżeli jednak zamawiający opisując w s.w.i.z. sposób obliczania ceny nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT, wówczas oferta zawierająca stawkę podatku VAT niezgodną o zobowiązującymi przepisami, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. O porównywalności ofert można bowiem mówić dopiero wówczas gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł. Oferta zawierająca niezgodną z obowiązującymi przepisami stawkę podatku VAT, wpływającego na wysokość ceny brutto, niewątpliwie zaburza proces porównywania cen i musi być kwalifikowana jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny. Dla oceny, że doszło do wystąpienia błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. nie ma znaczenia, czy przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku VAT, było zachowaniem zamierzonym przez wykonawcę, czy też nie miało takiego charakteru. Nawet bowiem w sytuacji, w której obliczenie w ofercie ceny, dokonane z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT, nie było elementem świadomej manipulacji ze strony wykonawcy zmierzającego takim, nagannym sposobem, do uzyskania zamówienia publicznego, a tylko rezultatem błędnej interpretacji przepisów określających stawkę tego podatku, to i tak nie uchyla to wystąpienia błędu w obliczeniu ceny. Wystąpienie błędu, o którym stanowi art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., oceniać należy w kategoriach obiektywnych, a więc niezależnych od zawinięcia czy motywów zachowania wykonawcy przy kształtowaniu treści oferty. Ustawowy obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny zakłada wolę ustawodawcy zapewnienia stanu porównywalności ofert, z uwzględnieniem reguł uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami zabiegającymi o uzyskanie zamówienia publicznego. Realizację tego słusznego założenia ustawodawcy zaburzałoby dokonywanie oceny ofert, w których ceny oferowane za wykonanie tej samej usługi byłyby skalkulowane z uwzględnieniem różnych stawek podatku VAT.”.

10

W zakresie wniosków dowodowych zgłoszonych przez odwołującego, przy piśmie procesowym z dnia 6 marca 2017 roku, Izba przyjęła je w poczet materiału, jednakże

stwierdziła ich nikłą przydatność w procesie dowodzenia. Z dokumentów tych nie wynika bowiem okoliczność, iż odwołujący nie naruszył zasady uczciwej konkurencji, dobrych obyczajów kupieckich, uczciwego obrotu, czy też rzetelnego postępowania. Okoliczności, iż uczestnicy konsorcjum nie są czynnymi podatnikami podatku VAT, czy też, że legitymują się (każdy z osobna) innym potencjałem, nie uzasadnia przyjęcia stanowiska, że układ podmiotowo-rozliczeniowy nie został stworzony sztucznie w celu pozyskania zamówienia z naruszeniem ogólnie rozumianych zasad uczciwego kupiectwa.

Dowody nr 1-3 potwierdzają jedynie, że podmioty nie są czynnymi podatnikami podatku od towarów i usług.

Dowody nr 4-13 potwierdzają jedynie, jaki potencjał do „konsorcjum” wniósł każdy z jego uczestników.

Opinia złożona przez przystępującego, jako że stanowi dokument prywatny, została zaliczona przez Izbę, jako stanowisko strony. Natomiast „Informacja z otwarcia ofert”, pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, albowiem postępowanie, na które powołuje się przystępujący, zostało unieważnione – co potwierdził również odwołujący.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: