Sygn. akt: KIO 3376/21

WYROK

z dnia 7 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Ernest Klauziński

Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 listopada 2021 r. przez wykonawcę: PRZEDSIĘBIORSTWO PRODUKCYJNO - USŁUGOWO - HANDLOWE "FACTUM" Sp. z o.o., ul. Zygmunta Augusta 5 / 3, 85-082 Bydgoszcz w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - 44 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Słubicka 10, 66-600 Krosno Odrzańskie

przy udziale wykonawców Konsorcjum Firm: 1) ANN-POL INWESTYCJE 12 - Sp. z o.o. (Lider); 2) ANN-POL INWESTYCJE 15 - Sp. z o.o., ul. Łączna 2/N, 45-940 Opole (Partner); 3) ANN-POL INWESTYCJE 16 - Sp. z o.o., ul. Łączna 2/O, 45-940 Opole

(Partner); 4) ANN-POL INWESTYCJE 17 - Sp. z o.o., ul. Łączna 2/P, 45-940 Opole

(Partner); 5) ANN-POL INWESTYCJE 21 - Sp. z o.o., ul. Łączna 2/U, 45-940 Opole

(Partner); 6) WAT ENERGY System Sp. z o.o., ul. Łączna 2, 45-940 Opole (Partner);

z adresem dla siedziby lidera: ul. Łączna 2/L, 45-940 Opole zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących:

a) art. 16 pkt 1 i 2 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 7 oraz pkt 4 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Firm: 1) ANN-POL INWESTYCJE 12 - Sp. z o.o. (Lider); 2) ANN-POL INWESTYCJE 15 - Sp. z o.o.,

ul. Łączna 2/U, 45-940 Opole (Partner); 6) WAT ENERGY System Sp. z o.o., ul. Łączna 2, 45-940 Opole (Partner); z adresem dla siedziby lidera: ul. Łączna 2/L, 45-940 Opole, pomimo, że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913) oraz jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów;

b) art. 16 pkt 1 i 2 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 3 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) poprzez

zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Firm: 1) ANN-POL INWESTYCJE 12 - Sp. z o.o. (Lider); 2) ANN-POL INWESTYCJE 15 - Sp. z o.o., ul. Łączna 2/N, 45-940 Opole (Partner); 3) ANN-POL INWESTYCJE 16 - Sp. z o.o., ul. Łączna 2/O, 45-940 Opole

(Partner); 4) ANN-POL INWESTYCJE 17 - Sp. z o.o., ul. Łączna 2/P, 45-940 Opole

(Partner); 5) ANN-POL INWESTYCJE 21 - Sp. z o.o., ul. Łączna 2/U, 45-940 Opole

(Partner); 6) WAT ENERGY System Sp. z o.o., ul. Łączna 2, 45-940 Opole (Partner);

z adresem dla siedziby lidera: ul. Łączna 2/L, 45-940 Opole, pomimo, że jest ona niezgodna z przepisami ustawy;

c) art. 16 pkt 1 i 2 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Firm: 1) ANN-POL INWESTYCJE 12 - Sp. z o.o. (Lider); 2) ANN-POL INWESTYCJE 15 - Sp. z o.o., ul. Łączna 2/N, 45-940 Opole (Partner); 3) ANN-POL INWESTYCJE 16 - Sp. z o.o., ul. Łączna 2/O, 45-940 Opole (Partner); 4) ANN-POL INWESTYCJE 17 - Sp. z o.o., ul. Łączna 2/P, 45-940 Opole (Partner); 5) ANN-POL INWESTYCJE 21 - Sp. z o.o., ul. Łączna 2/U, 45-940 Opole (Partner); 6) WAT ENERGY System Sp. z o.o., ul. Łączna 2, 45-940 Opole (Partner);

z adresem dla siedziby lidera: ul. Łączna 2/L, 45-940 Opole, pomimo, że została ona złożona przez wykonawcę nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu;

d) art. 16 pkt 1 i 2 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Firm: 1) ANN-POL INWESTYCJE 12 - Sp. z o.o. (Lider); 2) ANN-POL INWESTYCJE 15 - Sp. z o.o., ul. Łączna 2/N, 45-940 Opole (Partner); 3) ANN-POL INWESTYCJE 16 - Sp. z o.o., ul. Łączna 2/O, 45-940 Opole (Partner); 4) ANN-POL INWESTYCJE 17 - Sp. z o.o., ul. Łączna 2/P, 45-940 Opole (Partner); 5) ANN-POL INWESTYCJE 21 - Sp. z o.o., ul. Łączna 2/U, 45-940 Opole (Partner); 6) WAT ENERGY System Sp. z o.o., ul. Łączna 2, 45-940 Opole (Partner); z adresem dla siedziby lidera: ul. Łączna 2/L, 45-940 Opole, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości

i nakazuje Zamawiającemu - Skarb Państwa - 44 Wojskowy Oddział Gospodarczy,

ul. Słubicka 10, 66-600 Krosno Odrzańskie: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty Konsorcjum Firm: 1) ANN-POL

ul. Łączna 2/U, 45-940 Opole (Partner); 6) WAT ENERGY System Sp. z o.o., ul. Łączna 2, 45-940 Opole (Partner); z adresem dla siedziby lidera: ul. Łączna 2/L, 45-940 Opole w oparciu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b), art. 226 ust. 3, 4 i 7 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), z uwagi na potwierdzenie się zarzutów we wskazanym w sentencji zakresie.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum Firm: 1) ANN-POL INWESTYCJE 12 - Sp. z o.o. (Lider); 2) ANN-POL INWESTYCJE 15 - Sp. z o.o., ul. Łączna 2/N, 45-940 Opole (Partner); 3) ANN-POL INWESTYCJE 16 - Sp. z o.o., ul. Łączna 2/O, 45-940 Opole (Partner); 4) ANN-POL INWESTYCJE 17 - Sp. z o.o., ul. Łączna 2/P, 45-940 Opole (Partner); 5) ANN-POL INWESTYCJE 21 - Sp. z o.o., ul. Łączna 2/U, 45-940 Opole (Partner); 6) WAT ENERGY System Sp. z o.o., ul. Łączna 2, 45-940 Opole (Partner); z adresem dla siedziby lidera: ul. Łączna 2/L, 45-940 Opole i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

PRZEDSIĘBIORSTWO PRODUKCYJNO - USŁUGOWO - HANDLOWE "FACTUM" Sp. z o.o., ul. Zygmunta Augusta 5 / 3, 85-082 Bydgoszcz tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od Konsorcjum Firm: 1) ANN-POL INWESTYCJE 12 - Sp. z o.o. (Lider);

2) ANN-POL INWESTYCJE 15 - Sp. z o.o., ul. Łączna 2/N, 45-940 Opole (Partner); 3) ANN-POL INWESTYCJE 16 - Sp. z o.o., ul. Łączna 2/O, 45-940 Opole (Partner); 4) ANN-POL INWESTYCJE 17 - Sp. z o.o., ul. Łączna 2/P, 45-940 Opole (Partner); 5) ANN-POL INWESTYCJE 21 - Sp. z o.o., ul. Łączna 2/U, 45-940 Opole (Partner); 6) WAT ENERGY System Sp. z o.o., ul. Łączna 2, 45-940 Opole (Partner); z adresem dla siedziby lidera: ul. Łączna 2/L, 45-940 Opole na rzecz PRZEDSIĘBIORSTWA PRODUKCYJNO - USŁUGOWO - HANDLOWEGO "FACTUM" Sp. z o.o., ul. Zygmunta Augusta 5 / 3, 85-082 Bydgoszcz kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wpisu i wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 3376/21

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „OBSŁUGĘ KOTŁOWNI CAŁOROCZNYCH ADMINISTROWANYCH PRZEZ 44 WOG" - Numer referencyjny: 38/PN/2021 zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17.09.2021 r. pod nr 2021/S 181-470117 przez: Skarb

Państwa - 44 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul. Słubicka 10, 66-600 Krosno Odrzańskie

zwany dalej: „Zamawiającym". Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze. zm.), zwana dalej: „NPzp" albo „ustawy Pzp".

Dnia 04.11.2021 r. (za pomocą platformy zakupowej Zamawiającego) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: Konsorcjum Firm: 1) ANN-POL INWESTYCJE 12 - Sp. z o.o. (Lider); 2) ANN-POL INWESTYCJE 15 - Sp. z o.o., ul. Łączna 2/N, 45-940 Opole (Partner); 3) ANN-POL INWESTYCJE 16 - Sp. z o.o., ul. Łączna 2/O, 45-940 Opole (Partner); 4) ANN-POL INWESTYCJE 17 - Sp. z o.o., ul. Łączna 2/P, 45-940 Opole (Partner); 5) ANN-POL INWESTYCJE 21 - Sp. z o.o., ul. Łączna 2/U, 45-940 Opole (Partner); 6) WAT ENERGY System Sp. z o.o., ul. Łączna 2, 45-940 Opole (Partner); z adresem dla siedziby lidera: ul. Łączna 2/L, 45-940 Opole zwane dalej: „Konsorcjum ANN-POL INWESTYCJE" albo „Przystępującym po stronie Zamawiającego". Drugą pozycje w rankingu złożonych ofert zajęła firma: PRZEDSIĘBIORSTWO PRODUKCYJNO - USŁUGOWO - HANDLOWE "FACTUM" Sp. z o.o., ul. Zygmunta Augusta 5 / 3, 85-082 Bydgoszcz zwane dalej: „PRZEDSIĘBIORSTWO PRODUKCYJNO - USŁUGOWO - HANDLOWE "FACTUM" Sp. z o.o." albo „Odwołującym". W dniu 09.11.2021 r. (za pomocą platformy zakupowej Zamawiającego) Zamawiający przekazał Odwołującemu dokumentacje postępowania w tym ofertę Konsorcjum ANN-POL INWESTYCJE.

W dniu 15.11.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) PRZEDSIĘBIORSTWO PRODUKCYJNO - USŁUGOWO - HANDLOWE "FACTUM" Sp. z o.o. wniosła odwołanie na czynności z 4.11.2021 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 15.11.2021 r. (e-mailem). Zarzucił naruszanie:

1. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w z. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 7 oraz pkt 4 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 119a § 1 i 3 Ordynacji podatkowej poprzez zaniechanie odrzucenia

oferty Konsorcjum ANN-POL, pomimo, że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów;

2. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ANN-POL, pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny;

3. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ANN-POL, pomimo, że jest ona niezgodna z przepisami ustawy;

4. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ANN-POL, pomimo, że została ona złożona przez wykonawcę nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu;

5. z ostrożności - art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum ANN-POL do uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz celem potwierdzenia braku podstaw wykluczenia;

6. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Konsorcjum ANN-POL, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości.

Wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu, aby:

1. unieważnił czynność wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum ANN-POL, jako oferty najkorzystniejszej,

2. dokonał ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Konsorcjum ANN-POL, - z daleko idącej ostrożności oraz wyłącznie na wypadek, gdyby KIO nie stwierdziła podstaw do bezpośredniego odrzucenia oferty Konsorcjum ANN-POL - wezwał Konsorcjum ANN-POL do uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzenia braku podstaw wykluczenia,

3. dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

A. Naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 7 oraz pkt 4 ustawy Pzp w zw. Z naruszeniem art. 119a § 1 i 3 ordynacji podatkowej poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ANN-POL, pomimo, że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Stosownie do przepisu art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepis art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (zwanej dalej: „ UZNK") wskazuje, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis ten stanowi tzw. klauzulę generalną, co oznacza, że każde działanie mające taki charakter powinno być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Wskazał, że zgodnie z przepisami ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ"). W niniejszym postępowaniu Zamawiający przewidział dwa kryteria oceny ofert tj. cenę brutto oferty (waga 60%), oraz liczbę dodatkowych przeglądów konserwacyjnych w miesiącu (waga 40%), przy czym Zamawiający jako maksymalną ilość wskazał 4 przeglądy. Biorąc pod uwagę deklaracje obu wykonawców, którzy złożyli swoje oferty w niniejszym postępowaniu, w przedmiocie zaoferowania czterech dodatkowych przeglądów konserwacyjnych, rywalizacja w niniejszym postępowaniu sprowadza się wyłącznie do wysokości zaoferowanej ceny ofertowej. Zgodnie z postanowieniami pkt 16.2 SWZ cena oferty musiała być podana w złotych polskich brutto, z wyodrębnieniem podatku VAT naliczonym zgodnie z obowiązującymi w terminie składania ofert przepisami. Odwołujący podnosił, iż stawka podatku VAT, zgodnie z ustawą o podatku od towarów i usług, dla usług będących przedmiotem zamówienia wynosi 23%.

Konsorcjum ANN-POL w Formularzu Ofertowym zamieściło dodatkowy punkt (nr 8), w którym oświadczyło, że wykonawcy składający wspólnie ofertę są podmiotami korzystającymi ze zwolnienia, o którym mowa w art. 113 ustawy o VAT. Zgodnie z art. 113

ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług 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. Nie ulega wątpliwości, że z uwagi na wysokość ceny netto zaoferowanej przez Konsorcjum ANN-POL (kwota 1 133 400,00 zł), do konsorcjum składającego ofertę w niniejszym postępowaniu musiało zostać powołane co najmniej 6 podmiotów, gdyż taka ilość podmiotów wpasowywała się w zwolnienie podmiotowe w rozumieniu art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. Jak wynika z treści oferty Konsorcjum ANN-POL, dokładnie taka ilość wykonawców wspólnie ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazał również, że głównym wspólnikiem (95% udziałów w przypadku pięciu spółek i 91% udziałów w przypadku szóstej spółki) i jednocześnie Prezesem Zarządu

każdej ze spółek, które zawiązały Konsorcjum ANN-POL, jest ta sama osoba - pan P. Ś.

Okoliczność ta wynika z odpisów z KRS złożonych przez ww. konsorcjum w trakcie postępowania przetargowego. Zauważenia wymaga, że osoba ta jest wspólnikiem i jednocześnie Prezesem Zarządu także w kilkunastu innych spółkach, posiadających tę samą siedzibę (kosmetyczna różnica w adresie spółek wynika jedynie z oznaczenia lokalu i

dotyczy to jedynie wybranych spółek). Wszystkie te spółki na co dzień startują w przetargach publicznych, w szczególności na obsługę kotłowni administrowanych przez WOG-i na terenie Polski i wszystkie oświadczają, że korzystają ze zwolnienia podmiotowego na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług.

Jak już wyżej wskazano, przepis art. 3 uznk definiuje czyn nieuczciwej konkurencji jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (klauzula generalna). Czynem nieuczciwej konkurencji jest każde zachowanie przedsiębiorcy, które narusza przepisy prawa (i to nie tylko ujęte w rozdziale drugim uznk) lub dobre obyczaje, przez co zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy lub klienta (SA w Poznaniu w wyroku z dnia 20 lutego 2008 r., sygn. akt: I ACa 93/08). Dobre obyczaje, to normy moralne i obyczajowe w stosunkach

gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa (SA w Katowicach w wyroku z dnia 28 czerwca 2007 r., sygn. akt: V ACa 371/07). Wykorzystanie przez Konsorcjum ANN-POL zwolnienia podmiotowego z płatności podatku od towarów i usług poprzez stworzenie "sztucznych struktur prawnych" utrudnia, a wręcz uniemożliwia, innym przedsiębiorcom dostęp do rynku. Powołanie grupy spółek i dobieranie ich składu na potrzeby konkretnego zamówienia prowadzi do sytuacji, w której taka grupa wykonawców może zaproponować zamawiającemu realizację przedmiotu zamówienia za cenę netto, uzyskując w ten sposób automatycznie przewagę w wysokości 23% ceny ofertowej. Takie konsorcjum zyskuje wówczas możliwość naliczenia na daną usługę marży w wysokości niespotykanej w tego rodzaju usługach, zapewniając sobie możliwość generowania zysku na poziomie niedostępnym dla innych wykonawców, bądź też całkowicie wyklucza ich z możliwości uzyskania zamówienia przy zastosowaniu prawidłowej stawki podatku VAT przez firmę realizującą zamówienia o rocznej wartości przekraczającej kwotę 200 000 zł (wartość zamówienia w niniejszym postępowaniu zdecydowanie przekracza tę kwotę). Takie działanie nie tylko zakłóca, ale i wypacza uczciwą konkurencję, uniemożliwiając rzetelne współzawodnictwo (wyrok KIO wydany w sprawie o sygn. akt 2254/14). Powyższe działanie wypełnia także przesłanki art. 15 ust. 1 pkt 5 uznk, gdyż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku,

przede wszystkim poprzez działanie mające na celu wymuszenie na zamawiającym dokonania wyboru wykonawcy.

Oferta złożona przez Konsorcjum ANN-POL tj. przez konsorcjum podmiotów stosujących zwolnienie z podatku od towarów i usług, stanowi ponadto zakazane porozumienie na podstawie art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: „UOKIK”), a tym samym czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 15 ust. 1 pkt 5 uznk lub alternatywnie art. 3 ust. 1 tej ustawy. Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 6 i 7 uokik zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem, jak też uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Zawarcie zakazanego porozumienia stanowi delikt administracyjny prawa ochrony konkurencji. Na gruncie zaś relacji cywilnoprawnych ustawa stanowi, że zakazane porozumienia są nieważne. Zawiązanie konsorcjum, co do zasady, powinno zostać uznane za formę współpracy, która mieści się w zakresie „porozumienia” na

potrzeby stosowania przepisu art. 6 uokik.

Jak słusznie zauważa A. Z.-T.: „Jeśli zatem celem lub skutkiem utworzenia konsorcjum przetargowego jest ograniczenie konkurencji stanowi ono zakazane porozumienie ograniczające konkurencję.”. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne zawierają umowy konsorcjum w celu ubiegania się o zamówienie publiczne, a następnie dalszą jego realizację. Spółki prawa handlowego jak i wspólnicy w spółkach cywilnych są przedsiębiorcami w rozumieniu przepisów uokik. Umowa konsorcjum mieści się w definicji porozumienia art. 6 ust. 1 uokik. Prezes UOKiK w decyzji z dnia 31 grudnia 2012 r. nr RLU-38/2012 stwierdził, że cel porozumienia można definiować, jako „wolę jego uczestników wyrażoną w treści określonego dokumentu, jak również to czego strony porozumienia wyraźnie w umowie nie określiły, ale zamierzają osiągnąć”. Do uznania porozumienia za naruszające zakaz określony w art. 6 ust. 1 uokik wystarczy wykazanie, że porozumienie stawia sobie za cel ograniczenie konkurencji na ustalonym rynku właściwym. Cel antykonkurencyjny oznacza przede wszystkim sprzeczność uzgodnień przedsiębiorców z celami uokik. Antykonkurencyjny cel porozumienia istnieje obiektywnie, niezależnie od subiektywnego przekonania jego uczestników o celu, który przyświecał przystąpieniu do porozumienia. Przesłankę antykonkurencyjnego skutku lub celu porozumienia spełnia takie porozumienie, które w zamierzeniach stron nie było nakierowane na ograniczenie konkurencji, jednak w rzeczywistości taki skutek zaistniał. „Nie ma znaczenia brak woli stron osiągnięcia skutku w postaci ograniczenia konkurencji na danym rynku” (Wyrok SOKIK sygn. akt XVII Ama 9/05). Podkreślił, że norma prawna art. 7 ust. 1 ustawy (obecnie - art. 16 pkt 1 ustawy Pzp) nakazuje zamawiającemu przeprowadzać postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, o którym nie może być mowy przy stosowaniu przez wykonawców różnych stawek podatku VAT. Podsumowując, złożona przez Konsorcjum ANN-POL oferta ukierunkowana jest na osiągnięcie korzyści w postaci pozyskania zamówienia publicznego z pominięciem podstawowych reguł uczciwej konkurencji czy też uczciwości kupieckiej. Konsorcjum swoim zachowaniem, poprzez nieuzasadnione wykorzystanie swojej pozycji podatkowej (zwolnienie 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 ominięcie przepisów podatkowych związanych z naliczaniem VAT, doprowadziło do sytuacji, w której zostały zachwiane podstawowe zasady uczciwej konkurencji, uczciwości kupieckiej oraz dobrych obyczajów. Jak słusznie wskazał SO w Krakowie, w wyroku z dnia 8 lipca 2014 r., 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.

Nieważność oferty na podstawie odrębnych przepisów

Niezależnie od powyższego, zdaniem Odwołującego, w niniejszej sprawie zachodzi przesłanka do odrzucenia oferty Konsorcjum ANN-POL jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów tj. nieważnej na mocy art. 83 § 1 k.c. oraz art. 119a § 1 i 3 Ordynacji podatkowej, z uwagi na złożenie oferty przez konsorcjum, które zostało zawiązane dla pozoru, w celu ominięcia przepisów prawa podatkowego. Zgodnie z art. 83 § 1 k.c. nieważne jest oświadczenie woli złożone drugiej stronie za jej zgodą dla pozoru. Jeżeli oświadczenie takie zostało złożone dla ukrycia innej czynności prawnej, ważność oświadczenia ocenia się według właściwości tej czynności. W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, że czynność prawna jest pozorna, gdy oświadczenie woli jest składane drugiej stronie tylko dla pozoru, a adresat oświadczenia zgadza się na pozorne dokonanie czynności prawnej (uchwała z 22 maja 2009 r., sygn. akt III CZP 21/09, OSNC 2010 Nr 1, poz. 13 i uchwała z 9 grudnia 2011 r., sygn. akt III CZP 79/11, OSNC 2012 Nr 6, poz. 74). Pozorność może być zwykła (bezwzględna) albo kwalifikowana (względna). W pierwszym wypadku strony nie mają zamiaru wywołać żadnych skutków prawnych, a oświadczenie woli jest nieważne. W drugim przypadku pod czynnością pozorną strony ukrywają inną, rzeczywistą czynność prawną, według której właściwości ocenia się ważność złożonego oświadczenia woli. Stosownie zaś do przepisu art. 119a § 1 Ordynacji podatkowej, czynność nie skutkuje osiągnięciem korzyści podatkowej, jeżeli osiągnięcie tej korzyści, sprzecznej w danych okolicznościach z przedmiotem lub celem ustawy podatkowej lub jej przepisu, było głównym lub jednym z głównych celów jej dokonania, a sposób działania był sztuczny (unikanie opodatkowania). Natomiast art. 119a § 3 Ordynacji podatkowej stanowi, iż za odpowiednią uznaje się czynność, której podmiot mógłby w danych okolicznościach dokonać, jeżeli działałby rozsądnie i kierował się zgodnymi z prawem celami innymi niż osiągnięcie korzyści podatkowej sprzecznej z przedmiotem lub celem ustawy podatkowej lub jej przepisu, a sposób działania nie byłby sztuczny. Czynność odpowiednia może polegać także na zaniechaniu działania. Zdaniem Odwołującego, w niniejszej sprawie zawiązanie Konsorcjum ANN-POL należy uznać za czynność pozorną,

dokonaną dla ukrycia innej czynności prawnej, tj. czynności mającej na celu obejście przepisów podatkowych. Jak już wyżej podkreślano, Konsorcjum ANN-POL, zawiązane do ubiegania się o udzielenie niniejszego zamówienia, zostało tak dobrane, by uzyskać zwolnienie z podatku VAT (każda ze spółek konsorcjum ma za zadanie realizację zamówienia do limitu 200.000 zł rocznie). Jest to celowe i rozmyślne działanie mające na celu pozyskanie zamówienia publicznego, wykorzystując sztuczne struktury prawne, dążące do maksymalizacji zysku kosztem ograniczenia konkurencji poprzez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Jest to także sprzeczne z dobrymi obyczajami. Podkreślił, że takie konsorcjum spółek niebędących płatnikami podatku VAT i korzystające ze zwolnienia z podatku VAT dla małych przedsiębiorców, de facto obsługuje zamówienie, którego jako jedna spółka nie mogłoby wykonać korzystając z przedmiotowych zwolnień. Wartość zamówienia w większości analogicznych postępowań na obsługę kotłowni administrowanych przez WOG-i wynosi od kilkuset tysięcy do ponad miliona złotych (jak to ma miejsce w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia). Wobec takiego zachowania dochodzi do sytuacji, iż w istocie, konsorcjum spółek, które mogą realizować nieopodatkowane zamówienia nie konkuruje (tak jak inni wykonawcy) ceną brutto a ceną netto, bowiem poprzez powołanie grupy spółek i dobieranie ich składu na potrzeby konkretnego zamówienia może zaproponować zamawiającemu realizację przedmiotu zamówienia za cenę netto. Takie działanie ma tylko jeden cel - stosowanie podmiotowego zwolnienia z VAT przez członków konsorcjum do momentu całkowitej realizacji zadania. Jeśli więc ww. konsorcjum (obiektywnie) działa nieracjonalnie, tylko po to by osiągnąć zwolnienie z podatku VAT, podczas gdy inne podmioty na rynku tego nie robią (bo sprzeciwia się to zasadzie uczciwego prowadzenia przedsiębiorstw), to działanie ww. wykonawców (konsorcjum) należy ocenić jako nakierowane na osiągnięcie konkretnych korzyści kosztem konkurencji. Zamawiający dokonując oceny ofert musi brać pod uwagę szereg czynników, również czynniki podatkowe, w tym klauzulę nadużycia prawa. W przeciwnym razie Zamawiający nie traktowałby w sposób równy wszystkich wykonawców, tj. akceptowałby zachowania, które w ocenie rynku oraz służb finansowych są nieakceptowane i powinny być karane. Omawiane konsorcjum przygotowując ofertę zakładało działanie w strukturze noszącej znamiona obejścia (nadużycia) prawa podatkowego celem nieuprawnionego korzystania ze zwolnienia z opodatkowania VAT, dostępnego jedynie dla drobnych przedsiębiorców. W doktrynie prawa podatkowego, orzecznictwie TSUE i sądów krajowych obowiązuje klauzula obejścia (nadużycia) prawa. Zgodnie z orzecznictwem TSUE, klauzula ta powinna mieć zastosowanie w zakresie VAT, nawet jeśli krajowe ustawodawstwo nie zawiera precyzyjnych wskazówek co do jej interpretacji i powoływania się na nią. Zgodnie z powyższą klauzulą, skuteczne powołanie się na brzmienie danego przepisu prawa wyłącznie celem uzyskania korzyści oczywiście sprzecznych z celem danego przepisu nie powinno mieć miejsca. Stosowanie przepisów prawa podatkowego powinno być ograniczone wyłącznie do tych przypadków, kiedy ma to racjonalne uzasadnienie ekonomiczne oraz nie jest sprzeczne z celem poszczególnych przepisów podatkowych. Dla stwierdzenia obejścia (nadużycia) prawa konieczne jest, aby transakcje czy zdarzenia, które spełniają formalne przesłanki przewidziane w przepisach podatkowych, skutkowały uzyskaniem korzyści podatkowej, której przyznanie byłoby sprzeczne z celem tych przepisów, oraz aby z ogółu obiektywnych okoliczności wynikało, że zasadniczym celem tych transakcji czy zdarzeń jest uzyskanie korzyści podatkowej. Klauzula obejścia prawa funkcjonuje właśnie w przywołanej wyżej dyspozycji normy prawnej art. 119a § 1 Ordynacji Podatkowej.

W zakończeniu zarzutów podniesionych w pkt A uzasadnienia niniejszego odwołania Odwołujący wskazuje także na następującą okoliczność. Mianowicie, zgodnie z ugruntowaną praktyką, popartą orzecznictwem sądowym i Krajowej Izby Odwoławczej, zasadniczym celem, dla którego podmioty wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia, jest łączenie potencjałów każdego z wykonawców w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tymczasem, jak wynika z treści oferty złożonej przez Konsorcjum ANN-POL, konsorcjum to nie zostało zawiązane w celu wykazania spełniania warunków udziału dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy, gdyż w tym zakresie konsorcjum ANN-POL polega na zasobach innego podmiotu. Podkreślając to dobitnie oraz pokazując absurdy działania konsorcjum - w niniejszym postępowaniu konsorcjum sześciu spółek, celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, polega na zasobach jednego podmiotu tj. zasobach osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych P. Ś., czyli zasobach Prezesa Zarządu spółek wchodzących w skład Konsorcjum ANN-POL. Zatem w prowadzonym postępowaniu doszło do kuriozalnej sytuacji, w której konsorcjum sześciu podmiotów nie jest w stanie nawet łącznie wylegitymować się doświadczeniem na poziomie wymaganym w treści SWZ, jednak rości sobie prawo - zdaniem Odwołującego całkowicie bezpodstawnie - do stosowania zwolnienia podatkowego.

B. Naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz

pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ANN-POL, pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny. Zgodnie z postanowieniami pkt 16 ppkt 1 SWZ, cena ofertowa brutto musi zawierać

wszystkie koszty związane z oferowaną realizacją zamówienia. Zgodnie zaś z ppkt 2 - cena oferty musi być podana w złotych polskich brutto - cyfrowo i słownie z wyodrębnieniem podatku VAT naliczonym zgodnie z obowiązującymi w terminie składania oferty przepisami. Analogiczne postanowienia znajdują się w § 4 Wzoru Umowy (Wynagrodzenie i warunki płatności), gdzie wskazano: 1. Za wykonanie przedmiotu umowy strony ustalają wynagrodzenie zgodnie z formularzem ofertowym (załącznik nr 2 do niniejszej umowy) w

wysokości: ..... zł netto, powiększone o należny podatek VAT ..... zł,

co stanowi razem brutto.....zł, (słownie:.....złotych . ../100).

Odwołujący podkreślił, że niniejszy zarzut jest ściśle powiązany z zarzutem podniesionym wyżej w pkt A uzasadnienia odwołania. Mając na uwadze zawartą tam argumentację, przedstawione okoliczności sprawy, cytowane wyżej postanowienia pkt 16.1 i 16.2 SWZ oraz § 4 Wzoru Umowy, Odwołujący stwierdza, że Konsorcjum ANN-POL z naruszeniem przepisów prawa nie objęło swojej ceny ofertowej podatkiem VAT w obowiązującej wysokości tj. 23%, tym samym uchybiło przywołanym wyżej warunkom zamówienia (SWZ). W konsekwencji uznać należy, że złożona przez Konsorcjum ANN-POL oferta zawiera także błąd obliczeniu ceny tj. błąd polegający na nieuwzględnieniu w zaoferowanej cenie ofertowej podatku VAT w wymaganej wysokości. Z tych względów oferta ta podlega odrzuceniu także na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp.

C. Naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ANN-POL, pomimo, że jest ona niezgodna z przepisami ustawy

Stosownie do przepisu art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Regulacja ta została przeniesiona przez Zamawiającego do pkt 7 (Podwykonawstwo) ppkt 1 SWZ. Jak wskazano w Uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 listopada 2016 r., KIO/KU 67/16, z przepisu art. 36a ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 2 pkt 9b ustawy Pzp wynika zakaz powierzenia realizacji całości zamówienia podwykonawcy. Teza ta wpisuje się również w przepis art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy, a nie podwykonawcy. Z kolei przepis art. 36a ust. 2 ustawy Pzp daje zamawiającemu uprawnienie do zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania określonych części zamówienia przez wykonawcę, jednakże brak takiego zastrzeżenia, w ocenie Izby, nie powoduje, że możliwe jest wtenczas wykonanie całości zamówienia przez podwykonawcę, bowiem to sprzeciwiałby się treści przepisu art. 36a ust. 1 ustawy Pzp. Następnie, zgodnie z wyrokiem z dnia 7 grudnia 2020 r., KIO 2971/20 i KIO 2976/20 - analiza art. 36a i art. 2 pkt 9b ustawy Pzp „prowadzi do wniosku, że zakazane jest zlecenie całości zamówienia przez wykonawcę jego podwykonawcom. Powyższą wykładnię potwierdza literalne brzmienie art. 36a ust. 1 ustawy Pzp, w którym dopuszczona została możliwość powierzenia jedynie części zamówienia podwykonawcy. Powyższej interpretacji nie przeczą dalsze przepisy ustawy Pzp, w tym ust. 2 art. 36a ustawy Pzp. W ocenie Izby przepis ten uprawnia jedynie zamawiającego do określenia takich części zamówienia, które muszą zostać wykonane przez wykonawcę z uwagi na ich kluczowy charakter lub rodzaj prac w ramach zamówienia na dostawy. Nie oznacza to jednak, że brak takiego zastrzeżenia w postanowieniach specyfikacji, skutkuje dopuszczalnością powierzenia całości zamówienia podwykonawcom. Odwołujący wskazuje, że powyższa uchwała oraz wyrok Izby mają w pełni zastosowanie na gruncie nowego Prawa zamówień publicznych.

Stosownie do postanowień art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Dalej, w ustępie 2, ustawodawca wskazał, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Celem przypomnienia, zgodnie z pkt 6 ppkt 4a) SWZ warunkiem udziału w postępowaniu jest wykonanie usług zgodnych z przedmiotem zamówienia tj. w zakresie obsługi kotłowni, kotłów wodnych i parowych z urządzeniami.

Jak wynika z treści oferty złożonej przez Konsorcjum ANN-POL, wykonawca ten, w celu wykazania spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, polega na zasobach innego podmiotu - Przedsiębiorstwa Usług Wielobranżowych P. Ś.. Z treści złożonego wraz z ofertą zobowiązania tego podmiotu wynika, że weźmie on czynny udział przy wykonaniu zamówienia na obsługę kotłowni całorocznych administrowanych przez 44 WOG, sprawa nr 38/PN/2021, w charakterze podwykonawcy.

Mając na względzie ustawowy obowiązek określony w art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, brzmienie warunku udziału w postępowaniu (zakres: obsługa kotłowni, kotłów wodnych i parowych z urządzeniami), jak również zawartą w zobowiązaniu innego podmiotu deklarację co do zakresu podwykonawstwa, uznać należy, że w niniejszym Postępowaniu usługi objęte przedmiotem zamówienia będą w całości wykonywane przez Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych P. Ś. W niniejszej sprawie doszło zatem do nieuprawnionego, zakazanego ustawą Pzp, powierzenia całości zamówienia podwykonawcy. Powyższe oznacza niezgodność oferty Konsorcjum ANN-POL z ustawą Pzp, co obliguje Zamawiającego do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Jedynie na marginesie Odwołujący zwrócił uwagę, iż także opisywana kwestia podwykonawstwa i udostępnienia zasobów ściśle wpisuje się w niedozwolone mechanizmy i praktyki stosowne przez Konsorcjum ANN-POL a opisane w pkt A uzasadnienia odwołania. Jak już bowiem wyżej wskazywano, Konsorcjum ANN-POL korzysta ze zwolnienia podmiotowego na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług, w sytuacji, gdy faktycznie usługi objęte przedmiotem niniejszego zamówienia będą wykonywane przez zupełnie inny podmiot - podmiot udostępniający zasoby Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych P. Ś., który to zwolnieniem podmiotowym z podatku VAT objęty nie jest (okoliczność ta nie wynika z oferty złożonej przez Konsorcjum ANN-POL). Powyższe jedynie utwierdza Odwołującego w przekonaniu, jaki był faktyczny cel zawiązania konsorcjum przez sześć opisanych wyżej spółek i złożenia wspólnej oferty w niniejszym postępowaniu.

D. Naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. B) ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ANN-POL, pomimo, że została ona złożona przez wykonawcę nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu wykaz usług zgodnych z przedmiotem zamówienia (załącznik nr 11 do SWZ)

Zgodnie z postanowieniami pkt 6 ppkt 4a) SWZ warunkiem udziału w postępowaniu jest wykonanie usług zgodnych z przedmiotem zamówienia tj. w zakresie obsługi kotłowni, kotłów wodnych i parowych z urządzeniami (...), minimum dwie usługi o wartości brutto co najmniej 350 000,00 zł każda (...). Konsorcjum ANN-POL, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, złożyło Wykaz usług zgodnych z przedmiotem zamówienia (Załącznik nr 11 do SWZ), pochodzący od podmiotu udostępniającego zasoby - Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś. P.. W Wykazie tym wskazano na dwie usługi:

1. Usługa obsługi zleconej kotłowni na opał stały administrowanych przez 43 WOG Świętoszów, realizowana na rzecz 43 Wojskowego Oddziału Gospodarczego,

2. Usługa obsługi zleconej kotłowni na opał stały administrowanych przez 31BLT w Poznaniu, realizowana na rzecz 31 Bazy Lotnictwa Taktycznego.

Jak wynika z Listu referencyjnego z dnia 07.08.2019 r., wystawionego przez 43 Wojskowy Oddział Gospodarczy, firma Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś. P. była partnerem konsorcjum będącego wykonawcą obsługi zleconej kotłowni na opał stały (.) w ramach umowy nr 118/26/2018 z dnia 28.06.2018 r.

W tym miejscu Odwołujący wskazał, że kwestia możliwości wykorzystania całości doświadczenia konsorcjum z samego tytułu bycia stroną umowy konsorcjalnej została definitywnie rozstrzygnięta przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. TSUE w sprawie C-387/14 Esaprojekt orzekł bowiem, że artykuł 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji. Tym samym Trybunał uznał, że można wykazywać się doświadczeniem jedynie w zakresie, jaki rzeczywiście dany podmiot wykonywał. Doświadczenia nie uzyskuje się poprzez sam udział w konsorcjum, lecz poprzez konkretne czynności realizowane w jego ramach. Przekładając powyższe na grunt niniejszej sprawy Odwołujący podnosi, iż nie wiadomym pozostaje, jaki dokładnie zakres prac oraz za jaką kwotę, zrealizowało Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś. P. w ramach zawiązanego wówczas konsorcjum. Okoliczność ta nie wynika ani z przedłożonego Listu referencyjnego 43 WOG, ani z treści Wykazu usług. Nie ulega zaś najmniejszej wątpliwości, iż obowiązek wykazania spełniania warunku leży po stronie wykonawcy składającego ofertę. Z udostępnionej Odwołującemu dokumentacji postępowania nie wynika także, by okoliczność ta była w jakikolwiek sposób weryfikowana przez Zamawiającego. W związku z powyższym uznać należy, że nie doszło do skutecznego wykazania spełniania przez Konsorcjum ANN-POL warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej. Z dokumentacji nie wynika bowiem w sposób nie budzący wątpliwości, jakie czynności wykonało Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś. P. w ramach zawiązanego konsorcjum i jaką wysokość wynagrodzenia otrzymało za świadczone usługi.

ZOBOWIĄZANIE DO ODDANIA DO DYSPOZYCJI NIEZBĘDNYCH ZASOBÓW (ZAŁĄCZNIK NR 3 DO SWZ)

Zgodnie z postanowieniami pkt 7.3 SWZ wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, zobowiązany był do złożenia wraz z ofertą zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby lub innego podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Następnie, w pkt 7.4 SWZ Zamawiający wskazał elementy, które w szczególności zawierać ma zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby. Konsorcjum ANN-POL, w celu wykazania spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, polega na zasobach innego podmiotu - Przedsiębiorstwa Usług Wielobranżowych P. Ś.

Odwołujący podnosił, iż niniejszy zarzut jest formułowany wyłącznie z ostrożności procesowej, na wypadek, gdyby KIO w sposób odmienny od Odwołującego zinterpretowała treść zobowiązania złożonego przez Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych P. Ś. Mianowicie, w zarzucie opisanym pod literą „C" uzasadnienia odwołania Odwołujący wskazywał, że z treści złożonego wraz z ofertą zobowiązania wynika, że podmiot udostępniający zasoby weźmie czynny udział przy wykonaniu zamówienia na obsługę kotłowni całorocznych administrowanych przez 44 WOG, sprawa nr 38/PN/2021, w charakterze podwykonawcy, co - mając na uwadze postanowienia art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, brzmienie warunku udziału w postępowaniu (zakres: obsługa kotłowni, kotłów wodnych i parowych z urządzeniami) - oznacza zobowiązanie do wykonania całości usług przez Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych P. Ś. (100% podwykonawstwa). Jednak w przypadku, gdy zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej złożone zobowiązanie nie stanowi zobowiązania do realizacji zamówienia w całości, Odwołujący podnosi, iż niniejsze zobowiązanie Przedsiębiorstwa Usług Wielobranżowych P. Ś. musi zostać w takiej sytuacji uznane za niekonkretyzujące zakresu udziału podmiotu udostępniającego w realizacji usług objętych przedmiotem zamówienia. Jeśli bowiem „czynny udział przy wykonaniu zamówienia na obsługę kotłowni całorocznych administrowanych przez 44 WOG, sprawa nr 38/PN/2021, w charakterze podwykonawcy" nie jest realizacją zamówienia w całości (czemu jednak Odwołujący stanowczo sprzeciwia się - patrz zarzut litera C uzasadnienia odwołania), to nie wiadomym pozostaje, jakie dokładnie prace i czynności zamierza faktycznie wykonać Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych P. Ś. w ramach podwykonawstwa. W takiej zaś sytuacji należałoby przyjąć, że w niniejszym postępowaniu nie doszło do skutecznego udostępnienia zasobów, tj. udostępnienia zasobów w takim zakresie, który dowodziłby spełnienia przez wykonawcę ww. warunku udziału w postępowaniu i pokrywałby pełen zakres usług wymaganych przez Zamawiającego warunkiem udziału w postępowaniu. W konsekwencji nie sposób uznać, by wykonawca wykazał spełnienie warunku opisanego w pkt 6 ppkt 4a) SWZ.

WADLIWOŚĆ OŚWIADCZENIA WYKONAWCÓW Z ART. 117 UST. 4 (ZAŁĄCZNIK NR 13 DO SWZ)

Zamawiający w pkt 9 ppkt 2 SWZ (str. 12) wskazał, że w przypadku składania oferty przez spółkę cywilną lub konsorcjum, Wykonawca składa oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 - załącznik nr 13 do SWZ. Konsorcjum ANN-POL przedstawiło Zamawiającemu Oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne, wg załącznika nr 13 do SWZ. Odwołujący wskazał, że oświadczenie składane na podstawie art. 117 ustawy Pzp jest ściśle związane z warunkami udziału w postępowaniu i powinno wskazywać na zakresy prac, jakie wykonają poszczególni konsorcjanci w zależności od tego, w jakim zakresie wykazują spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W treści oświadczenia z art. 117 ustawy Pzp poszczególni wykonawcy wchodzący w skład Konsorcjum ANN-POL zobowiązali się jednak do wykonania takich zakresów prac, w jakich w ogóle nie wykazują spełniania warunków udziału w postępowaniu. Żaden z sześciu wykonawców nie przedstawił bowiem na wezwanie Zamawiającego jakiejkolwiek własnej referencji, celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu (minimum dwie usługi opisane w pkt 6 ppkt 4a SWZ). W konsekwencji,

Konsorcjum ANN-POL w oświadczeniu z art. 117 ustawy Pzp nie mogło wskazać, iż będzie realizować samodzielnie opisany tam zakres usług. Przypomniał, że celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu wykonawca Konsorcjum ANN-POL polega na zasobach innego podmiotu. To zatem inny podmiot, jako posiadający wiedzę i doświadczenie (zdolności zawodowe) w wykonaniu minimum dwóch usług wymaganych postanowieniami SWZ, winien w treści pisemnego zobowiązania do udostępnienia zasobów zobowiązać się do wykonania takiego zakresu usług, jaki wynika z warunku udziału w postępowaniu. Okoliczność ta znajduje wprost odzwierciedlenie w przepisie art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach

podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Innymi słowy, skoro podmiot udostępniający zasoby zobowiązał się do wykonania usług zgodnych z przedmiotem zamówienia tj. w zakresie obsługi kotłowni, kotłów wodnych i parowych z urządzeniami, to Konsorcjum ANN-POL w oświadczeniu składanym w związku z art. 117 ustawy Pzp nie może zobowiązać się do wykonania tego zakresu prac, gdyż będą to prace realizowane przez podwykonawcę. Powyższe oznacza, iż w postępowaniu nie doszło do złożenia wymaganego i prawidłowego oświadczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (Załącznik nr 13 do SWZ). Oświadczenie to pozostaje bowiem całkowicie oderwane od treści zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby.

E. Z ostrożności - naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum ANN-POL do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzających brak podstaw wykluczenia

Na wstępnie Odwołujący wyjaśnił, iż niniejszy zarzut został postawiony z ostrożności procesowej, wyłącznie na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do bezpośredniego odrzucenia oferty Konsorcjum ANN-POL. Nawiązując do zarzutu nie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, opisanego w części D uzasadnienia niniejszego odwołania, Odwołujący wskazuje, że brak nakazania odrzucenia oferty Konsorcjum ANN-POL musi skutkować wezwaniem tego wykonawcy do uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej. Uzasadnienie dla niewykazania spełniania warunku zostało już omówione w pkt D. 16 - 22 powyżej. Niezależnie od powyższego Odwołujący podnosi, iż Zamawiający w pkt 8 SWZ wskazał obligatoryjne oraz fakultatywne podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania. Jednym z dokumentów żądanych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia była informacja z Krajowego

Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt 2 i art. 109 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (vide: pkt. 3.1 wezwania Zamawiającego z dnia 20.10.2021 r. skierowanego do Konsorcjum ANN-POL). W odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego, Konsorcjum ANN-POL złożyło informację z Krajowego Rejestru Karnego dla p. P. Ś. - Prezesa Zarządu wszystkich spółek będących w Konsorcjum. Jednak jak wynika ze złożonych dla sześciu spółek aktualnych odpisów z KRS, każda z tych spółek posiada prokurenta w osobie p. A. D. Ś. (Numer PESEL 77080703460).

Odwołujący podnosił, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum ANNPOL nie załączyło jednak informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 108 ust. 1 pkt 2 i art. 109 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, dla prokurenta A. Ś. Powyższe oznacza brak złożenia dokumentu potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Odwołujący wskazuje również, że tylko brak nakazania odrzucenia oferty Konsorcjum ANN-POL będzie skutkował obowiązkiem wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych - informacji o braku karalności prokurenta poszczególnych spółek. Jak już wyżej podniesiono, Zamawiający w pkt 8 SWZ wskazał obligatoryjne oraz fakultatywne podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania. Jednym z dokumentów żądanych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia było zaświadczenie właściwego Naczelnika Urzędu Skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (vide: pkt. 3.2 wezwania Zamawiającego z dnia 20.10.2021 r. skierowanego do Konsorcjum ANN-POL). W odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego, Konsorcjum ANN-POL złożyło zaświadczenie Naczelnika Drugiego Urzędu Skarbowego w Opolu z dnia 12.10.2021 r., dla spółki WAT ENERGY SYSTEM sp. z o.o. Odwołujący podnosi, iż zaświadczenie to jest niekompletne - złożono jedynie pierwszą stronę zaświadczenia, brak strony drugiej oraz trzeciej tego dokumentu. Powyższe oznacza brak złożenia dokumentu potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Odwołujący wskazał również, że tylko brak nakazania odrzucenia oferty Konsorcjum ANN-POL będzie skutkował obowiązkiem wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych - zaświadczenia właściwego Naczelnika Urzędu Skarbowego dla spółki WAT ENERGY SYSTEM sp. z o.o.

F. Naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Konsorcjum ANN-POL, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza, „Zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 pzp [obecnie - art. 16 ust. 1 ustawy Pzp] mają charakter niesamoistny, gdyż sprowadza się do wskazania, że do naruszenia tych przepisów doszło w związku z innymi podniesionymi

zarzutami. Oznacza to, że zarzuty te nie wymagały odrębnego rozpoznania, gdyż nie wskazują żadnych odrębnych okoliczności" (wyrok z dnia 07 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1573/15). Zaś zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, w okolicznościach niniejszej sprawy, również nie ma charakteru samoistnego, lecz wynika z faktu konieczności przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert. Tym samym, uchybienia przedstawione powyżej w uzasadnieniu odwołania oraz zasadność wskazanego uzasadnienia do podniesionych zarzutów determinują konieczność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz - po przeprowadzeniu ponownego badania, uwzględniającego ww. czynności - dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym, zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp również nie wymaga odrębnego uzasadnienia, lecz jego zasadność wynika z potwierdzenia przez Izbę co najmniej jednej okoliczności spornej, rozstrzyganej w toku postępowania odwoławczego. Odnosząc się do wyrażonych w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp zasad prowadzenia przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty, wskazać należy, że w niniejszym postępowaniu zasady te doznały poważnego ograniczenia. Jak wynika z zarzutów sformułowanych w niniejszym odwołaniu, Zamawiający nie zauważył, bądź celowo pominął, szereg braków i uchybień występujących zarówno w samej ofercie Konsorcjum ANNPOL, jak i w dokumentach złożonych przez tego wykonawcę na wezwanie Zamawiającego z dnia 20.10.2021 r. Zamawiający dokonał jednak wyboru tej oferty, pomimo, że nie jest ona najkorzystniejszą. Zatem potraktowanie na równi oferty Konsorcjum ANN-POL, która winna podlegać odrzuceniu, z ofertą Odwołującego, której treść odpowiada warunkom zamówienia a sam Odwołujący nie podlega wykluczeniu, stanowi rażące naruszenie przepisów art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. W szczególności rażące naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu jest dokonanie wyboru oferty konsorcjum, które zostało zawiązane wyłącznie w celu ominięcia przepisów podatkowych, a tym samym wyeliminowania konkurencji i zmuszenia Zamawiającego do dokonania oceny nieporównywalnych ze sobą ofert (oferty Konsorcjum ANN-POL z ceną netto bez podatku VAT oraz oferty Odwołującego, który zaoferował cenę za wykonanie usług objętych przedmiotem zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami, czyli z uwzględnieniem podatku VAT w wysokości 23%), a następnie wyboru oferty. Wreszcie, doniosła pozostaje okoliczność, iż to nie konsorcjum sześciu spółek będzie realizować usługi objęte przedmiotem zamówienia, lecz wskazany przez nich podwykonawca. Tylko on bowiem wylegitymował się referencjami z realizacji podobnych usług. Celem prowadzenia procedury o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 239 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 16.11.2021 r. (za pomocą platformy zakupowej Zamawiającego) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 18.11.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP). Konsorcjum ANN-POL INWESTYCJE zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 26.11.2021 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym), a 30.11.2021 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający na podstawie trybie art. 521 NPzp złożył odpowiedź na odwołanie. Stwierdził, że: „uznaję zarzuty wskazane w pkt 1, 2, 5 oraz w pkt 6 odwołania i nie uznaję zarzutów z pkt 3 i 4 odwołania - związku z tym Zamawiający

unieważni czynność wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum ANN-POL jako oferty

najkorzystniejszej oraz dokona ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzuci ofertę

Konsorcjum ANN-POL(...)". Stwierdził, że: „(...) 1/ w zakresie zarzutu Odwołującego dotyczącego naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 7 oraz pkt 4 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 119a § 1 i 3 Ordynacji podatkowej poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ANN- POL, pomimo, że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów; w tym także nieważności oferty Konsorcjum ANN-POL na podstawie, art. 83 § 1 k.c. oraz art. 119a § 1 i 3 Ordynacji podatkowej - Zamawiający uznaje ten zarzut i podziela w całości rozważania faktyczne i prawne poczynione przez Odwołującego, przyjmując je aktualnie za własne. Zamawiający nadmienia w tym miejscu, że członkowie Konsorcjum ANN - POL w poprzednich postępowaniach na obsługę całoroczną lub sezonową kotłowni administrowanych przez 44 WOG łączyli się w różnych konstelacjach z innymi podmiotami powiązanymi osobowo z P. Śmigiel, co pozwala przypuszczać, że liczba kolejnych spółek pod firmą ANN-POL INWESTYCJE będzie dalej rosła i w niedługim czasie może być

powołane kolejne konsorcjum, które będzie się składało z np. z ANN-POL INWESTYCJE 49 i ANN-POL INWESTYCJE 50 i w takiej liczbie członków konsorcjum, aby każdy jego członek mógł zafakturować usługę na poszczególny okres rozliczeniowy, tak aby nie przekroczyć kwoty 200 000 złotych. Uprzedzając ewentualny zarzut w ramach obrony Konsorcjum ANN-POL oparty przykładowo na tym, że przecież jego członkowie byli kontrolowani przez właściwy urząd skarbowy i kontrola w rezultacie nie wykazała nieprawidłowości w korzystaniu ze zwolnienia podmiotowego z podatku VAT, Zamawiający zauważa, że świadczyć to może jedynie i wyłącznie o braku uchybień o charakterze prawnopodatkowym, jednakże dla uznania zasadności zarzutu Odwołującego i co za tym idzie stanowiska Zamawiającego pozostaje to bez znaczenia, bo nie przesądza w żaden sposób, że Konsorcjum ANN-POL nie dopuściło się czynu nieuczciwej konkurencji. Nawet bowiem jeżeli zostały spełnione zostały warunki, by zgodnie z obowiązującymi przepisami skorzystać ze zwolnienia z podatku VAT, to istotne znaczenie ma powtarzalność sposobu postępowania spółek i ich cel, którym każdorazowo było złożenie oferty i uzyskanie zamówienia publicznego. W ocenie Zamawiającego na potrzeby także i tego postępowania utworzono spółki sztucznie łącząc w konsorcjum, przy dopasowaniu liczbowo składu tak, aby każdorazowo zgłaszając swój udział w postępowaniu takie konsorcjum mogło skorzystać ze zwolnienia podatkowego. W tym miejscu Zamawiający pragnie przywołać dwa istotne orzeczenia - pierwsze to wyrok KIO z dnia 9 września 2017 r. sygn. akt: KIO 333/17, drugi - wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 maja 2015 r. sygn. akt: XXIII Ga 586/15. Zamawiający zdaje sobie sprawę, że rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie w zakresie zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji będzie prejudycjalne zarówno dla Zamawiającego , jak i dla innych WOG i jednostek wojskowych, ale przede wszystkim dla członków Konsorcjum ANN-POL, którzy zawiązywali w różnych konfiguracjach konsorcja, składające się ze spółek powiązanymi ze sobą osobowo, regularnie składające oferty w postępowaniach prowadzonych przez inne WOG i jednostki wojskowe, tak aby faktura każdego z członków za świadczone usługi nie przekraczała kwoty zwolnienia z podatku VAT. Temu też służyło odwołanie ANN- POL Inwestycje 3 spółka z o.o. s/z Opole od zapisów SWZ w zakresie wykreślenia postanowień, które obligowały wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia do wskazania w treści umowy konsorcjum wyłączne jednego członka konsorcjum lub jednego wspólnika spółki cywilnej, z którym będą prowadzone rozliczenia za wykonanie przedmiotu zamówienia przez cały okres realizacji umowy (wyrok KIO z dnia 26 sierpnia 2021r. sygn. akt 2002/21);

2/ w zakresie zarzutu Odwołującego dotyczącego naruszenia przepisu art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ANN-POL, pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny; Zamawiający, w związku

z uznaniem zarzutu nr 1, konsekwetnie uznaje i ten zarzut;

3/ w zakresie zarzutu Odwołującego dotyczącego naruszenia przepisu art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ANN-POL, pomimo, że jest ona niezgodna z przepisami ustawy Zamawiający nie uznaje tego zarzutu. Co do zasady Zamawiający zgadza się, że powierzenie przez wykonawcę w całości wykonania zamówienia przez podwykonawcę jest niedopuszczalne, jednakże nie ocenia tak treści oferty złożonej przez Konsorcjum ANN-POL, z której miałoby wynikać, że Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych P. Ś. będzie podwykonawcą, który w całości wykona obsługę kotłowni całorocznych administrowanych przez 44 WOG, sprawa nr 38/PN/2021. Taka ocena oferty Konsorcjum ANN-POL, Zamawiający zaznacza, że w tym obszarze, jest za daleko idąca i tym samym nieuprawniona albowiem nie wynika z treści oferty Konsorcjum ANN-POL;

4/ w zakresie zarzutu Odwołującego dotyczącego naruszenia przepisu art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum ANN-POL pomimo, że została ona złożona przez wykonawcę nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu - Zamawiający nie uznaje tego zarzutu wskazując, że to nie referencje, których rolą jest poświadczenie należytego wykonania zamówienia, ale wykaz dostaw, usług lub robót budowlanych stanowi potwierdzenie wykonanych zadań, a więc i posiadanego przez wykonawcę doświadczenia. Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, referencje stanowią potwierdzenie należytego wykonania dostaw, usług lub robót budowlanych, których rodzaj, przedmiot, wartość, daty i miejsce wykonania Wykonawca podaje w wykazie dostaw, usług lub robót budowlanych. Zamawiający nie ma wpływu na treść sformułowań zawartych w referencjach, z uwagi na to iż są one wystawiane przez podmiot trzeci. W związku z powyższym uznać należy, że doszło do skutecznego wykazania spełniania przez Konsorcjum ANN-POL warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej. Z dokumentacji nie musi wynikać, jakie czynności wykonało Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych P. Ś. w ramach zawiązanego konsorcjum i jaką wysokość wynagrodzenia otrzymało za świadczone usługi;

5/ w zakresie zarzutu Odwołującego dotyczącego naruszenia przepisu art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 128 ust 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum ANN-POL do uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz celem potwierdzenia braku podstaw wykluczenia - Zamawiający uznaje ten zarzut;

6/ w zakresie zarzutu Odwołującego dotyczącego naruszenia przepisu art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Konsorcjum ANN-POL, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości - Zamawiający także uznaje i ten zarzut.

W dniu 29.11.2021 r. (e-mailem) Prezes KIO w związku z zarządzeniem Izby z 29.11.2021 r. wezwał Konsorcjum ANN-POL INWESTYCJE na podstawie § 13 ust. 1 pkt 5

Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu, w terminie 3 dni.

W dniu 01.12.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Konsorcjum ANN-POL INWESTYCJE złożyło sprzeciw co do uwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt 1, 2 oraz w pkt 6 odwołania. Sprzeciw został podpisany tak jak przystąpienie. Kopie sprzeciwu przekazał Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 01.12.2021 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Odwołujący złożył pismo procesowe wnosząc o uwzględnienie odwołania. Wskazał odnośnie zarzutu 1 i 2.

Model działania Przystępującego

Działanie Przystępującego ukierunkowane jest na osiągnięcie korzyści w postaci pozyskania zamówienia publicznego z pominięciem podstawowych reguł uczciwej konkurencji oraz uczciwości kupieckiej. Przystępujący swoim zachowaniem narusza interesy pozostałych wykonawców działających na rynku obsługi kotłowni. Działanie Przystępującego polega na tworzeniu szeregu spółek, które następnie są wykorzystywane do zawiązywania sztucznych i nieuzasadnionych „konsorcjów", tak aby następnie korzystając ze zwolnień podatkowych uzyskać zamówienie publiczne. Odwołujący podkreśla, iż jedynym celem utworzenia „konsorcjum" jest ominięcie przepisów podatkowych związanych z naliczaniem VAT. Każda z utworzonych przez Przystępującego spółek jest tworem jednorazowym, wykorzystywanym w ramach jednej umowy w danym roku. Spółki te nie prowadzą normalnej działalności gospodarczej, a ich jednym celem jest udział w sztucznie zawiązywanym konsorcjum i pozyskanie konkretnego zamówienia. Liczba spółek dedykowanych do danego „konsorcjum" jest zależna wyłącznie od wartości zamówienia i uzyskania zwolnienia podmiotowego z VAT.

W załączniku nr 1 do niniejszego pisma Odwołujący przedstawia listę spółek wykorzystywanych przez Przystępującego do zawiązywania „konsorcjów" i udziału w postępowaniach przetargowych z wykorzystaniem zwolnienia podmiotowego z VAT.

(Fragment załącznika nr 1 do niniejszego pisma)

Praktyka Przystępującego trwa na przedmiotowym rynku od kilku lat

Zamawiający udzielając odpowiedzi na odwołanie uwzględnił przedmiotowe zarzuty. Jednocześnie, odnosząc się do okoliczności przywołanych w uzasadnieniu odwołania, Zamawiający wskazał na powtarzalność sposobu postępowania spółek (tj. podmiotów, których właścicielem, współwłaścicielem lub/i Prezesem Zarządu jest ta sama osoba - p. P. Ś.) i ich cel, którym każdorazowo było złożenie oferty i uzyskanie zamówienia publicznego. Omawiana praktyka trwa na rynku obsługi kotłów od kilku lat.

W tym kontekście, aby uwidocznić Krajowej Izbie Odwoławczej problem i schemat działania tych spółek, Odwołujący przedstawia zestawienie tabelaryczne, porównawcze kilku analogicznych postępowań o udzielenie zamówienia, w których powiązane ze sobą spółki, w różnych konfiguracjach, składały oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia, korzystając ze zwolnienie podmiotowego z VAT, każdorazowo uzyskując dane zamówienie. Zestawienie tabelaryczne stanowi załącznik nr 2 do niniejszego pisma.

Działanie Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji

Ustawa Prawo zamówień publicznych w zakresie definicji czynu nieuczciwej konkurencji odsyła do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Artykuł 3 tej ustawy stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Za czyny nieuczciwej konkurencji uważa się w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów lub usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produkcyjne, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama. W ocenie Odwołującego, działania Przystępującego noszą znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Porozumienia konsorcyjne są uznawane za ograniczające konkurencję, jeżeli zawiązywane są bez obiektywnego uzasadnienia, a członkowie konsorcjum mogą samodzielnie ubiegać się o zamówienie publiczne. Biorąc pod uwagę ustalone przez Zamawiającego w postępowaniu warunki udziału w postępowaniu, zachowanie wykonawcy nie można oceniać z innej perspektywy, jak tylko zamiaru sztucznego zawiązania konsorcjum i uzyskanie nieuprawnionej przewagi będącej wynikiem zwolnienia z VAT. Sztuczne multiplikowanie podmiotów składających ofertę należy poczytywać za działanie uniemożliwiające lub znacznie utrudniające uzyskanie zamówienia innym wykonawcom, którzy zdecydowali się na złożenie realnej i adekwatnej oferty z prawidłową stawką VAT.

Oferta złożona przez konsorcjum dążące do skorzystania z przewagi wynikającej ze zwolnienia z VAT stanowi zakazane porozumienie na podstawie art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, a tym samym czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 19 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji lub alternatywnie art. 3 ust. 1 tej ustawy.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 6) i 7) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem, jak też uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Działanie Przystępującego narusza przepisy prawa podatkowego

Przepis art. 113 ust 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług jest jednym ze szczególnych uproszczeń podatkowych dla drobnych przedsiębiorców. Ustawodawca pozostawił przedsiębiorcom, którzy prowadzą działalność gospodarczą na niewielką skalę możliwość wyboru tj. skorzystania ze zwolnienia dokonywanej przez nich sprzedaży z podatku od towarów i usług lub też rezygnacji z takiego zwolnienia, co oznacza posiadanie przymiotu podatnika (w tym prawa do odliczenia podatku naliczonego). Głównym celem zwolnienia jest ułatwienie prowadzenia działalności gospodarczej, w tym m.in. przez ograniczenie obciążeń administracyjnych związanych z obsługą podatku od towarów i usług. Multiplikowanie skali zwolnienia poprzez udział w przetargu Konsorcjum drobnych wykonawców, z których każdy pojedynczo korzysta ze zwolnienia z VAT, skutkuje osiągnięciem korzyści podatkowej sprzecznej z celem przepisu art. 113 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług. Sposób działania Przystępującego jest sztuczny, bowiem nie ma innych racjonalnych powodów zawiązania „konsorcjum” niż osiągnięcie korzyści podatkowej. W sprawie C-255/02 (Halifax) wskazano, że skuteczne powoływanie się na brzmienie danego przepisu prawa wyłącznie celem uzyskania korzyści sprzecznych z celem danego przepisu nie powinno mieć miejsca. Stosowanie przepisów prawa podatkowego powinno być ograniczone wyłącznie do tych przypadków, w których ma to racjonalne uzasadnienie biznesowe (ekonomiczne) oraz nie jest sprzeczne z celem poszczególnych przepisów podatkowych. Zgodnie z art. 119a ust. 1 Ordynacji podatkowej czynność nie skutkuje osiągnięciem korzyści podatkowej, jeżeli osiągnięcie tej korzyści, sprzecznej w danych okolicznościach z przedmiotem lub celem ustawy podatkowej lub jej przepisu, było głównym lub jednym z głównych celów jej dokonania, a sposób działania był sztuczny (unikanie opodatkowania). Ponadto w ust. 3 wyjaśniono, iż za odpowiednią uznaje się czynność, której podmiot mógłby w danych okolicznościach dokonać, jeżeli działałby rozsądnie i kierował się zgodnymi z prawem celami innymi niż osiągnięcie korzyści podatkowej sprzecznej z przedmiotem lub celem ustawy podatkowej lub jej przepisu, a sposób działania nie byłby sztuczny.

Oferta Przystępującego zawiera błąd w obliczeniu ceny

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.
O porównywalności ofert można 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.

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.

Utrwalona linia orzecznicza potwierdza stanowisko Odwołującego

Odwołujący w celu uzasadnienia własnego stanowiska pragnie wskazać na utrwalone stanowisko Izby, jak i Sądów Okręgowych potwierdzające, iż tworzenie konsorcjów specjalnie skonstruowanych w celu uzyskania zwolnienia z podatku VAT i przez to uzyskania możliwości oferowania ceny niemożliwej do zaoferowania przez innych przedsiębiorców, którzy mogliby ubiegać się o określone zamówienie, jest sprzeczne z zasadami postępowania w sprawach o zamówienia publiczne i bezsprzecznie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu wyżej przytoczonego przepisu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1010).

Wskazał na Wyrok SO w W-wie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 29 maja 2015 r. XXIII Ga 586/15, Wyrok KIO z dnia 9 marca 2017 r. KIO 333/17 oraz na Wyrok KIO z dnia 9 marca 2017 r. KIO 309/15.

Zgodnie z orzecznictwem TSUE oraz stanowiskiem polskiego Ministerstwa Finansów (wyrażonym m.in. w projekcie zmian w prawie mających na celu doprecyzowanie tzw. klauzuli antyabuzywnej), obejście prawa występuje, kiedy podatnik wykorzystuje określone konstrukcje prawne w sposób sztuczny (bez uzasadnienia ekonomicznego), dla osiągnięcia konkretnych (preferencyjnych) skutków podatkowych. Zidentyfikowane obejście prawa powinno mieć ten skutek, iż konsekwencje danej transakcji, czy operacji należy określać, tak jakby sztuczna konstrukcja prawna nie została wprowadzona.

Wskazał na wyrok KIO z dnia 23 września 2014 r. KIO 1852/14, KIO 1853/14 oraz na wyrok KIO z dnia 17 listopada 2014 r. KIO 2254/14. Podkreślił, że choć przedmiotowe orzeczenie zostało zaskarżone, to SO w W-wie utrzymał w całości wyrok wydany przez KIO, oddalając skargę (wyrok z 15 stycznia 2016 r., sygn. akt XXVII Ca 1826/16).

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz

Przystępującego (Wnoszącego Sprzeciw) złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący w rankingu złożonych ofert zajął drugie miejsce, w wypadku więc potwierdzenia zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 NPzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej, w tym w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ", oferty Przystępującego wraz z zobowiązaniem podmiotu trzeciego, oświadczeniem złożonym w trybie art. 117 ust. 4 Pzp oraz oferty Odwołującego, wezwania w trybie art. 126 ust.1 NPzp z 20.10.2021 r., odpowiedzi na w/w wezwanie (m.in. zawierającej wykaz usług, dwie referencje, oświadczenia, że Wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadającymi stosowne uprawnienia) oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego załączone do pisma procesowego Odwołującego na okoliczności wskazane w piśmie:

1. Lista spółek wykorzystywanych przez Przystępującego do zawiązywania „konsorcjów";

2. Zestawienie tabelaryczne analogicznych postępowań o udzielenie zamówienia, w których powiązane ze sobą spółki składały oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia.

Odwołujący dołączył również do swojego pisma procesowego decyzję Nr RPZ 5/2017 PREZES UOKiK z 13.09.2017 r., sygn. akt: RPZ-410-501/16/US oraz wyrok SO w Warszawie, XVII Wydział Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 30.12.2019 r., sygn. akt: XVII AmA 4/18.

W poczet materiału dowodowego Izba zaliczyła także złożone na rozprawie przez Odwołującego:

1. Wykaz usług złożony w aktualnym postępowaniu przez Przystępującego wraz z referencją, na okoliczność, że Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś. P. realizowało zamówienie w ramach konsorcjum oraz trzy inne wykazy;

2. Informacji z otwarcia ofert, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej w części 2, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w części 1, wszystkie dotyczące postępowania o realizacje zamówienia dla 43 WOG Świętoszów, tj. jednostki której dotyczy referencja złożona w aktualnym postępowaniu na okoliczność, że w części 1 wygrało

Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych sp. z o.o., a nie p. P. Ś. prowadzący działalność gospodarczą pod formą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś. P.

W poczet materiału dowodowego Izba zaliczyła tym bardziej złożone na rozprawie przez Przystępującego:

1. Zestawienie 14 postępowań realizowanych przez Przystępującego (konsorcjum w różnych konfiguracjach) w latach 2019-21 u różnych Zamawiających z branży wojskowej na okoliczność, że wartość podatku Vat wcale nie powodowała przewagi konkurencyjnej po stronie Przystępującego;

2. Dodatkową tabelę obrazującą stan faktyczny przedstawiony szczegółowo w protokole z rozprawy na okoliczność, że po odliczeniu kwoty netto z oferty konsorcjum i kwoty Vat-u płaconego z faktur podwykonawcy otrzymamy „czystą" kwotę netto, która to czysta kwota netto jest niższa od kwoty netto oferty Odwołującego;

3. Korespondencję z ubezpieczycielem spółką Uniqa Towarzystwo Ubezpieczeń S.A z siedzibą w Warszawie na okoliczność, iż ubezpieczyciel odmówił udzielenia gwarancji zabezpieczenia należytej realizacji kontraktu pojedyńczym spółkom na wysokość oczekiwaną przez Zamawiającego, zadeklarował możliwość udzielenia takiego zabezpieczenia maksymalnie do kwoty 20 000 zł dla każdej ze spółek.

Izba dopuściła także z urzędu dowód z przesłuchania świadka na podstawie art. 540 ust. 1 Pzp na okoliczność ustalenia zakresu podwykonawstwa wskazanego w zobowiązaniu o udostępnieniu zasobów podmiotu trzeciego biorąc pod uwagę, że p. P. Ś. jest osobą, która udostępniła te zasoby jako prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś. P. oraz na okoliczność rzeczywistego udziału w realizacji usługi wskazanej w wykazie usług w pozycji 1.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowisko wynikające ze złożonych pism, tj. odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego, sprzeciwu, pisma procesowego Odwołującego, pisma procesowego Przystępującego złożonego w tym ostatnim wypadku na posiedzeniu, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie, a w pozostałym zakresie podlegało oddaleniu.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie, sprzeciwu oraz pisma procesowego Odwołującego, pisma procesowego Przystępującego. Jednocześnie, na posiedzeniu Zamawiający potwierdził dodatkowo, iż uwzględnił zarzut 1, 2, 5 oraz 6. Następnie stwierdził, że modyfikuje dokonane przez siebie uwzględnienie i wskazał, iż uwzględnia odwołanie w całości.

Przystępujący potwierdził, z kolei na posiedzeniu, że złożył sprzeciw w zakresie zarzutu 1, 2 oraz 6. Wobec zmienionego oświadczenia Zamawiającego zmodyfikował także swoje oświadczenie wskazując, że wnosi sprzeciw w zakresie zarzutu 3 i 4. Oświadczył również, że nie wnosi sprzeciwu w zakresie zarzutu 5. Przy czym, w zakresie zarzutu 5, Izba kierowała się przede wszystkim tym, że jest to zarzut ewentualny, sformułowany z ostrożności procesowej, wyłącznie na wypadek, gdyby Izba nie stwierdziła podstaw do bezpośredniego odrzucenia oferty Konsorcjum ANN-POL. W konsekwencji wobec zaistnienia podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum ANN-POL, Izba nie miała podstaw ani do umarzania tego zarzutu, ani do jego rozpoznawania, czy też tym bardziej do nakazywania działań sanacyjnych będących konsekwencją ich ewentualnego uwzględnienia.

ul. Łączna 2/U, 45-940 Opole (Partner); 6) WAT ENERGY System Sp. z o.o., ul. Łączna 2, 45-940 Opole (Partner); z adresem dla siedziby lidera: ul. Łączna 2/L, 45-940 Opole) oświadczył w pkt 8 formularza ofertowego, że: „Oświadczamy iż jesteśmy podmiotami korzystającymi ze zwolnienia, o którym mowa w art. 113 ustawy o VAT".

Jednocześnie wraz z ofertą Przystępujący załączył - „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia": „Ja(/My) niżej podpisany(/ni) P. Ś. będąc upoważnionym(/mi) do

reprezentowania: Przedsiębiorstwa Usług Wielobranżowych P. Ś.

o ś w i a d c z a m(/y),

że wyżej wymieniony podmiot, stosownie do art.188 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021r., poz. 1129 tj.), odda Wykonawcy konsorcjum firm :

ANN-POL INWESTYCJE 12 - Sp. z o.o.

ANN-POL INWESTYCJE 15 - Sp. z o.o.

ANN-POL INWESTYCJE 16 - Sp. z o.o.

ANN-POL INWESTYCJE 17 - Sp. z o.o.

ANN-POL INWESTYCJE 21 - Sp. z o.o.

WAT ENERGY System Sp. z o.o.

45-940 Opole, ul. Łączna 2
do dyspozycji niezbędne zasoby dot. Dolności technicznej /zawodowej tj. wiedzy i doświadczenia w zakresie obsługi kotłowni, kotłów wodnych i parowych z urządzeniami w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia na obsługę kotłowni całorocznych administrowanych przez 44 WOG, sprawa nr 38/PN/2021 przez cały okres realizacji zamówienia i w celu jego należytego wykonania.

Sposób wykorzystania w/w zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia: wykorzystanie wiedzy i doświadczenia poprzez czynny udział przy wykonaniu zamówienia na obsługę kotłowni całorocznych administrowanych przez 44 WOG, sprawa nr 38/PN/2021

Charakteru stosunku, jaki będzie łączył nas z wykonawcą - umowa o współpracy, podwykonawstwo. (...)".

Nadto, przedłożył Przystępujący wraz z ofertą oświadczenie z art. 117 ust. 4 Pzp:

„OŚWIADCZENIE WYKONAWCÓW UBIEGAJĄCYCH SIĘ WSPÓLNIE O ZAMÓWIENIE

PUBLICZNE" zgodnie z którym w formie tabelarycznej wskazał, że: „(...) Na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: obsługa kotłowni sezonowych administrowanych przez 44 WOG

Oświadczam/y*, że następujące usługi zostaną wykonane zgodnie z podziałem pomiędzy konsorcjantami solidarnie

Ann-Pol Inwestycje 12 Sp. z o.o.

Ann-Pol Inwestycje 15 Sp. z o.o.

Kotłownia nr 4 budynek nr 3 Krosno Odrzańskie, ul. Słubicka 10

a) nadzór i kierowanie pracą kotłowni:

- koszty osobowe nadzór i kierowanie pracą zatrudnionych pracowników,

- prowadzenie wymaganej dokumentacji pracy kotłowni,

- dozór w zakresie obsługi urządzeń i instalacji służących do wytworzenia energii cieplnej na potrzeby

własne.

a) wytworzenie energii cieplnej:

- koszty osobowe,

- zapewnienie gotowości urządzeń, instalacji i elementów kotłowni do jej wytworzenia,

- utrzymanie w ruchu ciągłym obsługiwanej kotłowni,

- dostarczanie opału do magazynu wewnętrznego i źródła ciepła.

obsługa serwisowa urządzeń i instalacji, w tym bieżące przeglądy i konserwacja.

Ann-Pol Inwestycje 16 Sp. z o.o.

Kotłownia nr 4 budynek nr 3 Krosno Odrzańskie, ul. Słubicka 10

a) nadzór i kierowanie pracą kotłowni:

- koszty osobowe nadzór i kierowanie pracą zatrudnionych pracowników, - prowadzenie

wymaganej

dokumentacji pracy kotłowni,

- dozór w zakresie obsługi urządzeń i instalacji służących do wytworzenia energii cieplnej na potrzeby własne.

a) wytworzenie energii cieplnej:

- koszty osobowe,

- zapewnienie gotowości urządzeń, instalacji i elementów kotłowni do jej wytworzenia,

- utrzymanie w ruchu ciągłym obsługiwanej kotłowni,

- dostarczanie opału do magazynu wewnętrznego i źródła ciepła.

obsługa serwisowa urządzeń i instalacji, w tym bieżące przeglądy i konserwacja.

Ann-Pol Inwestycje 17 Sp. z o.o.

Ann-Pol Inwestycje 21 Sp. z o.o.

Kotłownia nr 1 Czerwieńsk, ul. Składowa

a) nadzór i kierowanie pracą kotłowni:

- koszty osobowe nadzór i kierowanie pracą zatrudnionych pracowników,

- prowadzenie wymaganej dokumentacji pracy kotłowni,

- dozór w zakresie obsługi urządzeń i instalacji służących do wytworzenia energii cieplnej na potrzeby własne.

a) wytworzenie energii cieplnej:

- koszty osobowe,

- zapewnienie gotowości urządzeń, instalacji i elementów kotłowni do jej wytworzenia,

- utrzymanie w ruchu ciągłym obsługiwanej kotłowni,

- dostarczanie opału do magazynu wewnętrznego i źródła ciepła.

obsługa serwisowa urządzeń i instalacji, w tym bieżące przeglądy i konserwacja.

WAT ENERGY System Sp. z o.o.

Kotłownia nr 1 Czerwieńsk, ul. Składowa

a) nadzór i kierowanie pracą kotłowni:

- koszty osobowe nadzór i kierowanie pracą zatrudnionych pracowników,

- prowadzenie wymaganej dokumentacji pracy kotłowni,

- dozór w zakresie obsługi urządzeń i instalacji służących do wytworzenia energii cieplnej na potrzeby własne.

a) wytworzenie energii cieplnej:

- koszty osobowe,

- zapewnienie gotowości urządzeń, instalacji i elementów kotłowni do jej wytworzenia,

- utrzymanie w ruchu ciągłym obsługiwanej kotłowni,

- dostarczanie opału do magazynu wewnętrznego i źródła ciepła.

obsługa serwisowa urządzeń i instalacji, w tym bieżące przeglądy i konserwacja

Poza tym, na wezwanie Zamawiającego z 20.10.2021 r. w trybie art. 126 ust. 1 NPzp Przystępujący złożył m.in. następujący wykaz usług podwykonawcy a zarazem podmiotu trzeciego udostepniającego zasoby z referencjami: „Wykaz usług zgodnych z przedmiotem zamówienia tj. w zakresie obsługi kotłowni, kotłów wodnych i parowych z urządzeniami w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanie usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, minimum dwie usługi o wartości brutto co najmniej 350 000,00 zł (słownie: trzysta pięćdziesiąt tysięcy złotych) każda wraz z podaniem ich rodzaju wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów na rzecz których usługi te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane” przedstawiony w formie tabelarycznej -

l.p. Przedmiot usługi Odbiorca usługi Data i miejsce realizacji: (od - do) Wartość wykonanej usługi

1. Usługa obsługi zleconej kotłowni na opał stały administrowanych przez 43 WOG Świętoszów 43 /Wojskowy Oddział Gospodarczy/ 2018-06-30 - 2019-05-15/ 417.000,00/.

2. Usługa obsługi zleconej kotłowni na opał stały administrowanych przez 31BLT w Poznaniu/ 31 Baza Lotnictwa Taktycznego/ 2018-10-01 - 2019-09-30/ 417.560,00/.

W załączeniu przedstawił dowody potwierdzające, że usługi zostały wykonane należycie. Odnośnie poz. 1 referencje z 07.08.2019 r. następującej treści: „(.)Niniejszym informuję, że w wyniku przeprowadzonych procedur w myśl ustawy — Prawo Zamówień Publicznych w przetargu nr 43/PN/2018 firma Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś. P., ul. Joannitów 13, 50-525 Wrocław była Partnerem konsorcjum będącego wykonawcą usługi obsługi zleconej kotłowni na opał stały w rejonie odpowiedzialności Grupy Zabezpieczenia Dobre n/Kwisą w miejscowościach Dobre n/Kwisą, Karliki, Trzebień w

ramach umowy nr 118/26/2018 z dnia 28.06.201 Br.

Umowa zawarta została na okres od 30.06.2018 do 15.05.2019 r., na kwotę łączną 884 812,80 zł brutto. Wartość zrealizowanej usługi wyniosła 833 066,70 zł brutto.

Usługa została zrealizowana należycie zgodnie z zawartą umową.

Referencje przyznaje się na wniosek firmy dla celów marketingowych.(.)”.

W odpowiedzi na przywołane wyżej wezwanie Przystępujący złożył także, jako konsorcjum - Oświadczenie, że Wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania

zamówienia, posiadającymi stosowne uprawnia, tj.:

„Oświadczam/my, że przystępując do postępowania tj. składając ofertę posiadam/my

potencjał techniczny oraz dysponuje/my osobami zdolnymi do wykonania przedmiotu zamówienia w tym:

- co najmniej 1 osobą nadzorującą obsługę kotłowni posiadającą świadectwo kwalifikacyjne

seria D grupa II pkt. 1, 2, 10 oraz

- jedną osobą na każdą zmianę, na każdą kotłownię dla obsługi czasowej oraz jedną osobą na każdą zmianę a każdą kotłownię dla obsługi całorocznej - wykonującą obsługę kotłowni, posiadającą świadectwa kwalifikacyjne serii E grupa II pkt. 1, 2, 10 oraz

- co najmniej 2 osobami posiadającymi zaświadczenie kwalifikacyjne uprawniające do obsługi urządzeń transportu bliskiego, wydane zgodnie z zapisami Rozporządzenia Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 21 maja 2019 r. w sprawie sposobu i trybu sprawdzania kwalifikacji wymaganych przy obsłudze i konserwacji urządzeń technicznych oraz sposobu i trybu przedłużania okresu ważności zaświadczeń kwalifikacyjnych, będących na wyposażeniu kotłowni. (.)”

Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu pierwszego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający uwzględnieniu.

Inaczej mówiąc uwzględnienie nastąpiło w zakresie uznania, że oferta Przystępującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 5 UZNK (t.j. Dz.U.2020, poz. 1913) z uwzględnieniem klauzuli generalnej z art. 3 UZNK (t.j. Dz.U.2020, poz. 1913), jak również, że oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, tj. nieważna na mocy art. 83 § 1 kc. W pierwszej kolejności Izba uznała, że de facto Przystępujący przyjął strukturę organizacyjną wypełniającą przesłanki z art. 15 ust. 1 pkt 5 UZNK (t.j. Dz.U.2020, poz. 1913) /działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy/ z uwzględnieniem art. 3 UZNK (t.j. Dz.U.2020, poz. 1913) stworzył bowiem sztuczny byt konsorcjum na potrzeby tylko tego i innych postępowań złożone z tak dobieranych spółek aby pozwalało im to na korzystanie ze zwolnienia z podatku VAT w oparciu o art. 113 ust.1 ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2020 r. poz. 106 ze zm.). Miała ta procedura nie charakter jednorazowy, ale trwający od lat i powtarzała się w różnych konfiguracjach. Podobnie w wyroku S.O. w Warszawie z 29.05.2015 r., sygn. akt: KIO XXIII Ga 586/15. Izba uznała, że argumentacja Przystępującego, iż konsorcjum zostało stworzone na potrzeby wniesienia wadium w określonej wysokości i zabezpieczenia należytego wykonania umów w formie gwarancji, za nieprzekonywujące i zupełnie niewiarygodne. W tym zakresie podkreślając, że dowody złożone na tą okoliczność przez Przystępującego na rozprawie nie mają charakteru przesądzającego, gdyż opierają się na danych wpisanych we wniosku kierowanym do ubezpieczyciela. Przy czym nawet opierając się na nich należy uznać, że wystarczyłoby utworzenie konsorcjum składającego się z 3 a nie z 6 podmiotów. W każdym razie Izba odrzuca przytoczoną powyżej argumentację Przystępującego, uznając, że została przygotowana tylko i wyłącznie na potrzeby rozprawy, przyjmując, że wykonawca tak dobierał ilość spółek, aby dostosować ich ilość do wartości przedmiotu zamówienia, tzn. tak aby osiągnąć możliwość zastosowania zwolnienia podatkowego do 200 000 zł (zgodnie z art. 113 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2020 r. poz. 106 ze zm.) zwalnia się od podatku sprzedaż dokonywaną przez podatników, u których wartość sprzedaży wartość nie przekroczyła łącznie w poprzednim roku kwoty 200 000 zł. Do wartości sprzedaży nie wlicza się kwoty podatku). Jednocześnie, zagwarantował sobie w ramach wyroku KIO z 26.08.2021r., sygn. akt: KIO 2002/21 wykreślenie postanowień, które obligowały wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia do wskazania w treści umowy konsorcjum wyłącznie jednego członka konsorcjum lub jednego wspólnika spółki cywilnej, z którym będą prowadzone rozliczenia za wykonanie przedmiotu zamówienia przez cały okres realizacji umowy. Obowiązującym stało się bowiem postanowienie - „§ 4 ust. 3. Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy płatne będzie fakturami częściowymi - miesięcznymi, zgodnie z formularzem ofertowym (załącznik nr 2 do umowy) na podstawie faktury wystawionej przez Wykonawcę lub w przypadku Wykonawców wspólnie realizujących przedmiot umowy, przez poszczególnego członka Konsorcjum/spółkę cywilną w zakresie wykonanej przez niego

części przedmiotu umowy (część I, część II, część III, część IV) tj. dla każdej lokalizacji kotłowni dla zakresów 1, 2 i 3 łącznie, wskazanych w formularzu ofertowym)").

Jednocześnie Izba wskazuje, że w ogóle takie konsorcjum, jak Przystępującego, nie było potrzebne, gdyż jak przyznał na rozprawie sam Przystępujący, z uwagi na wymóg doświadczenia sformułowany przez Zamawiającego w ogłoszeniu oraz w SWZ, musiał skorzystać z zasobów podmiotu trzeciego. Zaistniała więc sytuacja zbliżona jak w wyroku KIO 09.03.2017 r., sygn. akt: KIO 309/15. W niniejszym stanie faktycznym polegało to na tym, że z konsorcjum sześciu spółek, których Prezesem Zarządu jest pan P. Ś., uzyskało zasoby od pana Przemysława Śmigiel prowadzącego działalność gospodarczą. Inaczej mówiąc Przystępujący nie musiał tworzyć konsorcjum, aby spełnić warunek, mógł wystąpić jako podmiot prowadzący działalność gospodarczą. Nadto, świadek przyznał że jest płatnikiem VAT, czyli jako udostępniający płaci podatek VAT i to dodatkowo wyjaśnia dlaczego podmiot ten nie wystąpił samodzielnie, musiałby bowiem zapłacić podatek VAT. Podobnie kwestia potencjału kadrowego, Przystępujący sam przyznał, że wszędzie pracują ci sami pracownicy, mamy więc do czynienia z potencjałem tego samego wykonawcy, a podział ma charakter sztuczny.

Dodatkowo, nie przedstawił żadnego dowodu, że spółki wchodzące w skład konsorcjum, jak i inne, funkcjonują i prowadzą czynną działalność gospodarczą nastawioną na zysk chociażby w ramach obsługiwania popegeerowskich kotłowni, do których odnosił się Przystępujący na rozprawie. Chodzi o to, że nie wykazał, że taka działalność gospodarcza lub inna jest dalej prowadzona, nie tylko i wyłącznie w ramach obsługiwania umów zawieranych z Zamawiającymi. Inaczej mówiąc, że rozwija swoją działalność gospodarczą, a nie tworzy kolejnych spółek, których jak oświadczył Odwołujący ma 40 (konglomerat 40 spółek - na potwierdzenie powyższego załączył dowód do pisma procesowego złożonego przed otwarcie posiedzenia).

Z tych też względów, Izba również uznała, że mamy do czynienia z nieważnym oświadczeniem woli złożonym drugiej stronie za jej zgodą dla pozoru. Jeżeli oświadczenie takie zostało złożone dla ukrycia innej czynności prawnej, ważność oświadczenia ocenia się według właściwości tej czynności. Mamy tutaj do czynienia z sytuacją, gdy pod czynnością pozorną strony ukrywają inną, rzeczywistą czynność procesową według której właściwości ocenia się wcześniej złożone oświadczenie woli. Stworzono konsorcjum dla pozoru w celu uniknięcia płacenia podatków. Powyższego nie zmienia to, że zwolnienie podatkowe zostało zastosowane zgodnie z ordynacją podatkową. Przy czym, Izba nie oceniała niniejszego zarzutu pod kątem artykuł 119 § 1 Ordynacji Podatkowej (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1540), uznając że nie jest władna do takiej oceny, w tym zakresie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu drugiego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

Zarzut drugi, Izba oddaliła uznając, że przedmiotowym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z naruszeniem postanowień SWZ (pkt 16 ppkt 1 i 2 SWZ oraz § 4 Wzoru Umowy), czy też błędem w obliczeniu ceny, gdyż w tym wypadku mamy do czynienia z ceną, która nie uwzględniała w zaoferowanej cenie ofertowej podatku VAT w wymagane wysokości, nie dlatego że błędnie nie został ten podatek doliczony, ale dlatego, że zastosowano zwolnienie z art. 113 ust.1 ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2020 r. poz. 106 ze zm.).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu trzeciego i czwartego, Izba uznała w/w zarzuty za podlegające uwzględnieniu.

Izba rozpoznawała niniejsze zarzuty łącznie, gdyż do ich analizy konieczna jest analiza zobowiązania do oddania do udostępnienia niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, oświadczenia z art. 117 ust. 4 Pzp oraz wykaz usług. Nadto, jeśli w zakresie wykazu usług jest tak jak przedstawił Przystępujący w swoim piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu: „Analiza wykazu przedstawionego przez Uczestnika postępowania, jednoznacznie wskazuje, że podano w nim dane dotyczące tylko pewnego zakresu usługi zrealizowanej na rzecz 43 Wojskowego Oddziału Gospodarczego, a nie dane dotyczące całości zrealizowanej usługi. W treści referencji stwierdzono, że umowa realizowana na rzecz 43 WOG została zawarta na okres od 30.06.2018 do 15.05.2019 r. na kwotę łączną 884 812,80 zł brutto. Wartość zrealizowanej usługi wyniosła 833 066,70 zł brutto. Z kolei w odniesieniu do tej usługi w kolumnie 5 wykazu

jako wartość wykonanej usługi podano kwotę 417 000 zł, czyli mniej niż połowę wartości zrealizowanej usługi. Kwota podana w wykazie odpowiada wartości usługi zrealizowanej przez podmiot udostępniający zasoby tj. Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Ś. P. w ramach konsorcjum. Tym samym, w wykazie powołano się jedynie na zakres faktycznie zrealizowany przez podmiot udostępniający zasoby Uczestnikowi postępowania." oraz jak wyjaśnił na rozprawie, co do wskazania błędnej nazwy podmiotu w dokumencie złożonym przez Odwołującego na rozprawie, to w ocenie Izby mamy do czynienia z podwykonawstwem w ramach którego nastąpi powierzenie w całości realizacji zamówienia podwykonawcy. Jeśli bowiem skonfrontować potencjał kadrowy oczekiwany przez zamawiającego /warunek zgodnie z Rozdz. 6 ust. 4 lit. b) SWZ: b) Wykonawca oświadczy, że dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadającymi stosowne uprawnienia tj.: co najmniej 1 osobą nadzorującą obsługę kotłowni posiadającą świadectwo kwalifikacyjne seria D grupa II pkt. 1, 2, 10 oraz jedną osobą na każdą zmianę, na każdą kotłownię dla obsługi czasowej oraz jedną osobą na każdą zmianę a każdą kotłownię dla obsługi całorocznej - wykonującą obsługę kotłowni, posiadającą świadectwa kwalifikacyjne serii E grupa II pkt. 1, 2, 10 oraz co najmniej 2 osobami posiadającymi zaświadczenie kwalifikacyjne uprawniające do obsługi urządzeń transportu bliskiego, wydane zgodnie z zapisami Rozporządzenia Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 21 maja 2019 r. w sprawie sposobu i trybu sprawdzania kwalifikacji wymaganych przy obsłudze i konserwacji urządzeń technicznych oraz sposobu i trybu przedłużania okresu ważności zaświadczeń kwalifikacyjnych, będących na wyposażeniu kotłowni/ w kontekście oświadczenia świadka złożonego na rozprawie że będzie realizował zamówienie maksymalnie 8 osobami, jak stwierdził od 4 do 8 osób, oznacza to, że podwykonawca będzie realizował cały przedmiot zamówienia.

Jednocześnie nie wykazał realności udostępnienia: „(.) na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (.)", gdyż świadek oświadczył, że będzie realizował zamówienie w okresie obsługi serwisów na kwotę 350 000 zł brutto, przy czym udostępnił w zakresie spełnienia warunków w zakresie dwóch usług: „w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunków wiedzy i doświadczenia" /warunek zgodnie z Rozdz. 6 ust. 4 lit. a) SWZ: „4) zdolności technicznej lub zawodowej a) Wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli wykaże wykonanie usług zgodnych z przedmiotem zamówienia tj. w zakresie obsługi kotłowni, kotłów wodnych i parowych z urządzeniami w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanie usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, minimum dwie usługi o wartości brutto co najmniej 350 000,00 zł (słownie: trzysta pięćdziesiąt tysięcy złotych) każda wraz z podaniem ich rodzaju wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów na rzecz których usługi te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane. (.)"/. Podobnie oświadczył podczas rozprawy, że tylko do kwoty 350 000 brutto, i nie przez cały zakres trwania umowy czyli odmiennie niż podał w zobowiązaniu: „przez cały okres realizacji zamówienia i w celu jego należytego wykonania". Powyższe skutkuje tym że należy uznać oświadczenie z art. 117 ust. 4 Pzp za wysoce wątpliwe, nierealne skoro cały zamówienie będzie realizował podwykonawca.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu piątego, z racji potwierdzenia się zarzutów dalej idących, Izba niniejszego zarzutu nie rozpatrywała, tym bardziej, że był on ewentualny i wobec potwierdzenia zarzutów dalej idących nakazywanie określonego działania sanacyjnego jest bezprzedmiotowe.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Jednocześnie wobec potwierdzenia wskazanych wyżej zarzutów, potwierdził się również ostatni ze sformułowanych zrzutów o charakterze wynikowym.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a) b) Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Jednocześnie, obciążając kosztami Wnoszącego Sprzeciw /§ 7 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437)/ nakazując Wnoszącemu

Sprzeciw dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty 15 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz 3 600,00 zł tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika na podstawie dowodu uiszczenia wpisu i złożonego rachunku, uznając zarazem, że zaistniały podstawy określone w § 7 ust. 5 rozporządzenia wskazanego poniżej do odstąpienia od stosunkowego rozdzielnia kosztów. Wynika to faktu, że uwzględnione zostały zarzuty dalej idące skutkujące odrzuceniem oferty Wnoszącego Sprzeciw. Nadto, Izba nie mogła zasądzić kosztów na rzecz Zamawiającego zawnioskowanych na rozprawie, z uwagi na zmianę w tym zakresie stosownego rozporządzenia i odmienne uregulowanie w aktualnym rozporządzeniu w odróżnieniu od poprzednio obowiązującego /Rozporządzeniu 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 (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972/, gdzie w § 5 ust. 2 pkt 2 stwierdzano, że: „jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy zamawiający uwzględnił część zarzutów, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów odwołania, Izba zasądza od wnoszącego sprzeciw równowartość kwoty wpisu na rzecz odwołującego oraz koszty, o których mowa w § 3 pkt 2, na rzecz odwołującego lub zamawiającego.”.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....