

Sygn. akt: KIO 134/22

WYROK

z dnia 03 lutego 2022 r.
Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 03 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 stycznia 2022 r. przez Odwołującego Cristal Travelnet sp. z o.o. (ul. Wojska Polskiego 34, 19-300 Elk) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Lubuskie Centrum Produktu Regionalnego w Zielonej Górze (ul. Leona Wyczółkowskiego 2, 65-140 Zielona Góra)

przy udziale wykonawcy A. G. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Gandalf Travel A. G. (ul. Tuszyńska 69, 95-030 Rzgów) zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem ofert obu Wykonawców,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Lubuskie Centrum Produktu Regionalnego w Zielonej Górze (ul. Leona Wyczółkowskiego 2, 65-140 Zielona Góra) i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Cristal Travelnet sp. z o.o. (ul. Wojska Polskiego 34, 19-300 Elk) tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 złotych (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego oraz kwotę 411 zł 21 gr (czterysta jedenaście złotych dwadzieścia jeden groszy) tytułem kosztów dojazdu strony na rozprawę

2.2. zasądza od Zamawiającego Lubuskie Centrum Produktu Regionalnego w Zielonej Górze (ul. Leona Wyczółkowskiego 2, 65-140 Zielona Góra) na rzecz Odwołującego Cristal Travelnet sp. z o.o. (ul. Wojska Polskiego 34, 19-300 Elk) kwotę 11511 zł 21 gr (słownie: jedenaście tysięcy pięćset jedenaście złotych dwadzieścia jeden groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania w postaci wpisu od odwołania, kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu strony na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 134/22

UZASADNIENIE

Zamawiający Województwo Lubuskie - Lubuskie Centrum Produktu Regionalnego w Zielonej Górze prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Kompleksowa

organizacja wyjazdowej misji gospodarczej lubuskich MŚP i samorządu połączonej z wizytą na targach EXPO 2020 w Dubaju".

Odwołujący Cristal Travelnet spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 16 Pzp, poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty Odwołującego, jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, w sytuacji gdy oferta Odwołującego nie zawiera takich błędów i została skalkulowana w oparciu o wszystkie składniki kosztotwórcze zamówienia z uwzględnieniem właściwej stawki podatku od towarów i usług, z poszanowaniem zasad prawa podatkowego, oraz w sytuacji gdy Zamawiający nie dokonał weryfikacji ceny ofertowej Odwołującego,

2) art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez A. G.-K. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „Gandalf Travel A. G.”, pomimo że oferta Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz przepisami ustawy, co stanowi również naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania

ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu, odrzucenia oferty Wykonawcy - A. G.-K. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą „Gandalf Travel A. G.” zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

21 grudnia 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zastosowania procedury VAT marża - 0%. W wezwaniu Zamawiający wskazał, że powziął wątpliwości, co do prawidłowości zastosowania przez Odwołującego procedury VAT marża - 0% i wezwał Odwołującego do wyjaśnienia powodów zastosowania tej procedury w odniesieniu do wszystkich elementów zamówienia, w szczególności wskazanych w wezwaniu. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że „niezłożenie wyczerpujących w wyznaczonym terminie wyjaśnień, które w sposób jednoznaczny będą potwierdzały prawidłowość postępowania Wykonawcy spowoduje odrzucenie oferty w postępowaniu”.

27 grudnia 2021 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia w zakresie zastosowania procedury VAT marża - 0% w swojej ofercie.

10 stycznia 2022 r. Zamawiający poinformował o wynikach oceny i badania ofert złożonych w postępowaniu. Zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę Wykonawcy A. G.-K. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą „Gandalf Travel A. G.” Oferta Odwołującego została odrzucona.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego wskazując, że: „Zamawiający nie podzielił stanowiska Wykonawcy, w szczególności stwierdzając na podstawie udzielonych wyjaśnień, że faktycznie do wycalcowania ceny ofert składników cenotwórczych Wykonawca wziął pod uwagę zarówno 0% jak i 23 % VAT, natomiast w ofercie wskazał, że będzie to jedynie „procedura VAT marża - stawka 0%”. Prawo zamówień publicznych nie przewiduje możliwości nie ujmowania właściwej stawki VAT tylko dlatego, że ma ona nieznaczny wpływ na cenę zamówienia ani sytuacji gdzie Wykonawca podaje tylko stawkę dominującą. Wbrew twierdzeniom Wykonawcy złożone wyjaśnienia prowadzą de facto do zmiany oferty pomimo tego, że stawka VAT nie była wymaganym elementem oferty. Zamawiający miał obowiązek dokonania weryfikacji w zakresie wątpliwości co do zastosowanej ceny, gdyż o porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny, można mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównywania, zostały obliczone przez wykonawców zabiegających o uzyskanie zamówienia publicznego z zachowaniem tych samych reguł”. Zamawiający powołał się także na Uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. sygn. akt: III CZP 52/11.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego. Wskazał, że Zamawiający zaniechał zbadania sposobu skalkulowania ceny przez Odwołującego. Błędnie wywiódł z

udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień, że Odwołujący nie skalkulował w cenie oferty właściwych stawek VAT, w tym stawki 23%, co ma potwierdzać formularz ofertowy, w którym Odwołujący, nie będąc do tego zobligowany (Zamawiający ani w SWZ, ani w formularzu ofertowym nie określił, że wymaga podania zastosowanej do wyliczenia ceny ofertowej stawki VAT), wskazał na zastosowanie procedury VAT marża.

Zgodnie z Rozdziałem XXIV SWZ, wykonawca składając ofertę był obowiązany wypełnić formularz ofertowy, stanowiący załącznik nr 2 do SWZ „w którym pozycja cena brutto ogółem będzie stanowić cenę za wykonanie całości zamówienia (skalkulowane dla 20 osób - na potrzeby porównania i wyboru ofert)".

Zamawiający żądał podania w formularzu cenowym, ceny ogółem brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia oraz wskazania wartości wyszczególnione w tabeli kalkulacyjnej tj. cenę jednostkową netto oraz cenę jednostkową brutto, a także cenę netto dla 20 uczestników i cenę brutto w przeliczeniu na 20 uczestników. Zamawiający nie wymagał wskazania stawki podatku od towarów i usług, jaką uwzględnił wykonawca przy określeniu ceny ofertowej brutto. Zgodnie z SWZ cena ofertowa brutto ma uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia.

Zamawiający pismem z 21 grudnia 2021 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w zakresie „powodów zastosowania procedury VAT marża - 0% w odniesieniu do wszystkich elementów zamówienia".

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie z 27 grudnia 2021 r., wyjaśnił przyczyny zastosowania procedury VAT marża przy kalkulowaniu ceny ofertowej w odniesieniu do usług będących przedmiotem zamówienia. Stwierdzenie użyte w wyjaśnieniach: „Wykonawca nie wspomniał o stawce 23%, gdy z stawka ta będzie miała znikome zastosowanie przy opodatkowaniu tej Misji, Wykonawca obawiał się, że podanie dwóch stawek podatku będzie stwarzać wrażenie, że właściwa stawka VAT nie została przez Wykonawcę ustalona", nie przesądza, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, że przy obliczeniu ceny ofertowej Odwołujący zastosował nieprawidłową stawkę VAT. Co więcej, z wyjaśnień nie wynika, że Odwołujący nie uwzględnił w kalkulacji ceny ofertowej właściwej stawki VAT, a także że „nie ujął właściwej stawki VAT".

Odwołujący wyjaśnił, że w formularzu cenowym, przy wskazaniu cen brutto wskazał na zastosowanie do usług objętych zamówieniem „procedury VAT Marża stawka 0%". Wskazanie stawki VAT nie było wymagającym elementem oferty, w związku z czym Odwołujący podał wyłącznie dominującą stawkę VAT, bez szczegółowego podawania stawek VAT właściwych do opodatkowania poszczególnych świadczeń. Zgodnie z art. 106e ust. 2 ustawy o podatku VAT, na fakturze dokumentującej świadczenie usług opodatkowanych w procedurze VAT marża nie wykazuje się kwoty netto oraz kwoty VAT (wyłącznie kwotę brutto).

Odwołujący zauważył, że jego wyjaśnienia były konkretne wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, wskazujące na powody zastosowania procedury VAT marża 0% i elementów usługi, do których stawka 0% będzie miała zastosowanie. Niejasnym dla Odwołującego jest na podstawie czego Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny, polegające na przyjęciu do wyliczenia ceny nieprawidłowej stawki VAT, w sytuacji, gdy

Odwołujący nie był obowiązany wskazać zastosowanych stawek VAT, a jedynie wyjaśnić zastosowanie procedury VAT marża - 0%.

Odwołujący podkreślił, że przyjął właściwe stawki podatku VAT, zgodnie z poniższym: „1) stawka VAT od marży: 0%

- w odniesieniu do powyższych usług zastosowanie znajduje reguła opodatkowania VAT w miejscu konsumpcji, która znajduje odzwierciedlenie w procedurze VAT marża uregulowanej w art. 119 ustawy o podatku VAT. Procedura ta zakłada bowiem, że do żadnego z państw członkowskich nie trafią wpływy podatkowe z tytułu świadczenia usług turystycznych odbywających się poza terytorium Unii Europejskiej. Zgodnie bowiem z art. 119 ust. 7 ustawy o VAT: „Usługi turystyki podlegają opodatkowaniu stawką podatku w wysokości 0%, jeżeli usługi nabywane od innych podatników dla bezpośredniej korzyści turysty są świadczone

poza terytorium Unii Europejskiej." Zastosowanie 0% stawki VAT powoduje w istocie, że nie dochodzi do obciążenia danej usługi unijnym podatkiem od wartości dodanej. Z kolei, wysokość stawki VAT właściwej do opodatkowania usług mieszanych, tj. wykonywanych w UE oraz poza jej terytorium, reguluje art. 119 ust. 8 ustawy o VAT, który stanowi, że „Jeżeli usługi nabywane od innych podatników dla bezpośredniej korzyści turysty są świadczone zarówno na terytorium Unii Europejskiej, jak i poza nią, to usługi turystyki podlegają opodatkowaniu stawką podatku w wysokości 0% tylko w części, która dotyczy usług świadczonych poza terytorium Unii Europejskiej.”:

a) bilety lotnicze do i z kraju Misji - na potrzeby zastosowania właściwej stawki VAT w odniesieniu do usług międzynarodowego transportu lotniczego przyjmuje się fikcję prawną zakładającą, iż transport lotniczy z Polski poza terytorium Unii Europejskiej oraz spoza terytorium Unii Europejskiej do Polski wykonywany jest w całości poza terytorium Unii Europejskiej. Stanowi o tym § 4 Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 16.12.2013 r. w sprawie miejsca świadczenia usług oraz zwrotu kwoty podatku naliczonego jednostce dokonującej nabycia (importu) towarów lub usług, zgodnie z którym: „W przypadku gdy nabywane usługi, o których mowa w art. 119 ust. 8 ustawy, są usługami transportu międzynarodowego świadczonymi środkami transportu morskiego lub lotniczego, usługi te dla opodatkowania stawką podatku od towarów i usług, zwanego dalej "podatkiem", w wysokości 0% usług turystyki uznaje się za usługi świadczone poza terytorium Unii Europejskiej." Stosownie do art. 83 ust. 3 pkt 2 ustawy o podatku VAT: „Przez usługi transportu międzynarodowego, o których mowa w ust. 1 pkt 23, rozumie się przewóz lub inny sposób przemieszczania osób środkami transportu morskiego, lotniczego i kolejowego:

a) z miejsca wyjazdu na terytorium kraju do miejsca przyjazdu poza terytorium kraju,

b) z miejsca wyjazdu poza terytorium kraju do miejsca przyjazdu na terytorium kraju,

c) z miejsca wyjazdu poza terytorium kraju do miejsca przyjazdu poza terytorium kraju, jeżeli trasa przebiega na pewnym odcinku przez terytorium kraju (tranzyt)."

Mając na uwadze fakt, że transport lotniczy z Polski do kraju Misji oraz z kraju Misji do Polski spełnia definicję transportu międzynarodowego w rozumieniu art. 83 ust. 3 pkt 2 ustawy o podatku VAT, w odniesieniu do analizowanych biletów lotniczych znajdzie zastosowanie fikcja prawna, o której mowa powyżej, zakładająca, że usługi te w całości odbywają się poza

terytorium Unii Europejskiej.

Zasadność zastosowania 0% stawki VAT w odniesieniu do transportu lotniczego z Polski do kraju trzeciego (tj. poza Unię Europejską) oraz z kraju trzeciego do Polski potwierdza wyżej powołana interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z dnia

17.05.2013 r. ;

b) transfery Dubaj (2 pojazdy) - przewóz osób odbywać się będzie w kraju Misji, a więc poza terytorium Unii Europejskiej,

c) noclegi - noclegi odbywać się będą w kraju Misji, a więc poza terytorium Unii Europejskiej,

d) wyżywienie - konsumpcja tej usługi będzie miała miejsce w kraju Misji, a więc poza terytorium Unii Europejskiej,

e) zapewnienie opiekunów - opieka nad uczestnikami Misji odbywać się będzie na miejscu, tj. w kraju Misji, a więc poza terytorium Unii Europejskiej,

f) ubezpieczenie oraz dokumenty podróżne (m.in. wiza, badania covidowe) -ubezpieczenie będzie obejmować pobyt podróżnych w kraju Misji, w związku z czym, konsumpcja tego świadczenia będzie miała miejsce poza terytorium Unii Europejskiej. Również wszelkie świadczenia nabywane jako warunek wyjazdu oraz pobytu w kraju Misji (pośrednictwo wizowe, badania covidowe) będą konsumowane w kraju destynacji, tj. poza terytorium UE. Na prawidłowość tego stanowiska wskazuje interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 12.06.2013 r. (sygn. IBPP1/443-214/13/AW). Z wnioskiem o interpretację wystąpił podatnik zajmujący się organizacją imprez turystycznych odbywających się poza terytorium Unii Europejskiej. W stanie faktycznym wniosku wnioskodawca wskazał, iż na potrzeby organizowanych wyjazdów „załatwia wizeny do odwiedzanych krajów, wykupuje też dla uczestników ubezpieczenie NW i KL." W wydanej interpretacji organ podatkowy potwierdził zasadność opodatkowania całości wykonywanych usług 0% stawką VAT,

g) materiały promocyjne - materiały promocyjne dystrybuowane będą w kraju Misji, w związku z czym, należy stwierdzić, że ich konsumpcja będzie miała miejsce poza terytorium Unii

Europejskiej,

h) wynajem Sali konferencyjnej i poczęstunek - sala zostanie wynajęta w kraju Misji, co uzasadnia zastosowanie 0% stawki VAT w odniesieniu do marży przypadającej na te świadczenie,

i) organizacja spotkań B2B - spotkania będą odbywały się w kraju Misji, a więc poza terytorium Unii Europejskiej,

j) bilety wstępu na Expo - Expo odbywać się będzie w kraju Misji, a więc poza terytorium Unii Europejskiej,

k) prezentacja multimedialna - prezentacja będzie wyświetlana podczas spotkań w kraju Misji;

2) stawka VAT od marży: 23% - Transfery Zielona Góra - lotnisko - Zielona Góra - objęcie wyżej wymienioną stawką ze względu na fakt, że z usługi tej podróży korzystać będą w Polsce,

3) rozliczenie dokumentacyjne Misji, narada koordynacyjna w siedzibie Zamawiającego, opracowanie szczegółowego harmonogramu wyjazdu, przygotowanie pisemnego raportu podsumowującego Misję, przygotowanie protokołu odbioru wraz z załącznikami, spotkanie organizacyjne w Zielonej Górze - jako czynności organizacyjne warunkujące możliwość odbycia podróży i z nią nierozdzielnie związane - należność pokrywająca koszty tych świadczeń będzie opodatkowana zarówno stawką 0% jak i stawką 23%, w proporcji, w jakiej pozostają względem siebie koszty (pozostałych) świadczeń dla bezpośredniej korzyści turysty”.

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego nie sposób uznać, że w jego ofercie wystąpił błąd w obliczeniu ceny lub kosztu.

Odwołujący zwrócił także uwagę, że Zamawiający w wystosowanym wezwaniu nie wskazał podstawy wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zastosowania procedury VAT marża. Wystosował wezwanie na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp. Rygor nadany przez Zamawiającego w wezwaniu w świetle przepisów Pzp zdaniem Odwołującego jest nieuprawniony. Ustawa przewiduje zamknięty katalog przesłanek do odrzucenia oferty wykonawcy.

W konsekwencji Odwołujący uznał, że Zamawiający nieprawidłowo dokonał odrzucenia oferty Odwołującego.

Zgodnie z rozdziałem XIV ust. 2 pkt 4 SWZ, Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przewidział następujące warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:

„a) Wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności technicznej, jeśli wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej 3 misje gospodarcze lub wyjazdy studyjne lub wizyty studyjne, w tym przynajmniej 1 misję gospodarczą lub wyjazd

studyjny lub wizytę studyjną do Zjednoczonych Emiratów Arabskich z udziałem przynajmniej 6 uczestników, o wartości co najmniej 50 000 PLN brutto każda, w trakcie których w programie merytorycznym odbyły się spotkania z izbami handlowymi lub urzędami lub firmami oraz odbyły się spotkania B2B.

b) Wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności zawodowej, jeśli wykaże, że skieruje do realizacji przedmiotu zamówienia, przez cały okres realizacji przedmiotu umowy, Koordynatora - osobę odpowiedzialną za koordynację umowy w sprawie niniejszego zamówienia, posiadającą co najmniej 3-letnie doświadczenie w pracy w branży turystycznej, która posiada doświadczenie w co najmniej 3 misjach -gospodarczych, wizytach studyjnych lub wyjazdach studyjnych, w charakterze pilota, opiekuna, przewodnika lub koordynatora, w trakcie których w programie merytorycznym odbyły się co najmniej spotkania B2B;

Koordynatora „na miejscu” - osoba odpowiedzialna za koordynację umowy w sprawie niniejszego zamówienia na miejscu realizacji (w ZEA), posiadająca zdolność do podejmowania wiążących decyzji w imieniu Zamawiającego, posiadająca co najmniej 3-letnie doświadczenie w pracy w branży turystycznej;

Opiekuna grupy I (pilota- przewodnika) - osoby ze znajomością języka angielskiego lub kraju misji na poziomie min. C1 wg kryteriów Rady Europy, która posiada doświadczenie w co najmniej I misji gospodarczej, wizycie studyjnej, w Dubaju w charakterze pilota, opiekuna, przewodnika lub koordynatora, posiadająca co najmniej 3-letnie doświadczenie w pracy w branży turystycznej;

Opiekuna grupy II (pilota- przewodnika) - osoby ze znajomością języka angielskiego lub kraju misji na poziomie min. C1 wg kryteriów Rady Europy, posiadająca co najmniej 3-letnie doświadczenie w pracy w branży turystycznej”.

Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu mogą polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotów udostępniających zasoby. Z rozdziału XII ust. 2 SWZ wynika, że: „W odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują świadczenie, do realizacji którego zdolności te są wymagane”.

Zgodnie z rozdziałem XII ust. 6 SWZ, wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom. Jednocześnie Zamawiający w rozdziale XII ust. 7 SWZ wskazał, że „wymaga, aby w przypadku powierzenia części zamówienia podwykonawcom, Wykonawca wskazał w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podał (o ile są mu wiadome na tym etapie) nazwy (firmy) tych podwykonawców”.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca Gandalf Travel w przedmiotowym postępowaniu złożył zobowiązanie podmiotu trzeciego - GMSYNERGY spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka jawna do udostępnienia zasobów w postaci doświadczenia.

Zgodnie z art. 118 ust. 2 Pzp, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Odwołujący wskazał, że w przypadkach określonych przepisem, podmiot udostępniający zasoby musi uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jako podwykonawca. Liczy się zatem tylko rzeczywiste wsparcie wykonawcy polegające na faktycznym zaangażowaniu w wykonanie zamówienia. Przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest usługa kompleksowej organizacji misji gospodarczej, w związku z czym, w przypadku polegania na zdolnościach innych podmiotów, należy stosować powyższy przepis.

Wykonawca Gandalf Travel sp. z o.o. sp. j. w ofercie wskazał wprost, że przedmiotowe zamówienie zamierza wykonać własnymi siłami, tj. bez udziału podwykonawców.

Z przedłożonych zobowiązań o udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego wynika, że zakres udziału GMSYNERGY sp. z o.o. sp. j. przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia będzie polegał na koordynacji i nadzorze nad działaniami związanymi z organizacją misji w celu jej prawidłowego i należytego wykonania. Natomiast zakres udziału A.G. - K. przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia będzie polegał na zaprojektowaniu i wytworzeniu materiałów informacyjnych i reklamowych oraz prezentacji multimedialnych, a także na koordynacji i nadzorze nad działaniami związanymi z organizacją misji w celu jej prawidłowego i należytego wykonania.

Zdaniem Odwołującego wszystkie usługi wskazane w wykazie usług przedłożonym przez Gandalf Travel, zostały wykonane przez GMSYNERGY sp. z o.o. sp. j. Udział GMSYNERGY sp. z o.o. sp. j. w realizacji przedmiotowego zamówienia jest jedynie pozorny i ma za zadanie wyłącznie wykazanie spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Zarówno oświadczenie Wykonawcy Gandalf Travel, jak i przedłożone do oferty zobowiązania GMSYNERGY sp. z o.o. sp. j. do udostępnienia zasobów, nie potwierdzają, że podmiot udostępniający zasoby wykona usługi, do realizacji których udostępniane zdolności są wymagane.

Wykonawca w 100% polega na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby przy wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanych zdolności technicznych i zawodowych, a konkretniej w zakresie doświadczenia. Z oferty Wykonawcy wynika, że Wykonawca nie będzie korzystał z podwykonawców przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Natomiast z zobowiązań do udostępnienia zasobów

GMSYNERGY sp. z o.o. sp. j. wynika, że podmiot ten będzie świadczył głównie nadzór nad prawidłową realizacją zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, Wykonawca nie potwierdził, że realnie będzie dysponował potencjałem podmiotu trzeciego, co w konsekwencji prowadzi do niepotwierdzenia, że Wykonawca spełnia warunki udziału w niniejszym postępowaniu. Ofertę Wykonawcy Gandalf Travel należy uznać za niezgodną z art. 118 ust. 2 Pzp.

W ocenie Odwołującego nie zachodzi także podstawa do zastosowania art. 223 ust. 1 lub art. 128 ust. 4 Pzp. Na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp możliwe jest wyjaśnianie kwestii spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale przepis ten również ogranicza tę możliwość jedynie do złożenia wyjaśnień. „Wyjaśnienie” nie może zaś polegać na uzupełnianiu bądź dodawaniu nowej treści lub zmianie dotychczasowej, gdyż takie działania wykonawcy są dopuszczalne jedynie w trybie art. 128 ust. 1 Pzp. Tymczasem w niniejszej sprawie, „wyjaśnienie” zobowiązania podmiotu trzeciego, musiałoby się sprowadzać do dodania w treści zobowiązania nowego oświadczenia o tym, że podmiot zobowiązuje się także do wykonywania usług objętych zamówieniem, do których udostępniane doświadczenie jest wymagane. Tym samym „wyjaśnienie” to w istocie stanowiłoby uzupełnienie zobowiązania. Skoro w przedmiotowej sprawie powtórzenie wezwania w oparciu o art. 128 ust. 1 Pzp jest niedopuszczalne, to dodanie przez wykonawcę nowego oświadczenia podmiotu trzeciego prowadziłoby do obejścia zasady jednokrotności wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Dlatego zastosowanie art. 128 ust. 4 Pzp po to, by w istocie pozwolić Wykonawcy Gandalf Travel na uzupełnienie zobowiązania podmiotu trzeciego o nową treść, jest w niniejszej sprawie niedopuszczalne.

W opinii Odwołującego ofertę Wykonawcy Gandalf Travel należy uznać jako niezgodną z warunkami zamówienia, a tym samym podlegającą odrzuceniu podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Zgodnie z formularzem ofertowym złożonym przez Wykonawcę Gandalf Travel, Wykonawca w treści oferty nie wskazał w kolumnie „cena jednostkowa netto” żadnej wartości. Wykonawca w tej kolumnie wskazał jedynie sformułowanie „cena z VAT marża”. Z uwagi na powyższe, oferta Wykonawcy Gandalf Travel podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zdaniem Odwołującego powyższa nieprawidłowość w ofercie Wykonawcy nie może więc zostać uznana za omyłkę. W szczególności z uwagi na fakt, że w ofercie nie wskazano stawki podatku VAT.

Dodatkowo Odwołujący podkreślił brak odpowiednich uprawnień wykonywania działalności lub czynności objętych przedmiotem zamówienia przez Wykonawcę.

Odwołujący wskazał, że przedmiotowe zamówienie dotyczy realizacji usługi imprezy turystycznej. Zgodnie z art. 4 pkt 2 ustawy z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach

turystycznych i powiązanych usługach turystycznych, przez imprezę turystyczną należy rozumieć połączenie co najmniej dwóch różnych rodzajów usług turystycznych na potrzeby tej samej podróży lub wakacji, spełniające warunki określone w ustawie. Ponadto, zgodnie z art. 4 pkt 1 ww. ustawy, przez usługi turystyczne należy rozumieć przewóz pasażerów; zakwaterowanie w celach innych niż pobytowe, które nie jest nieodłącznym elementem przewozu pasażerów; wynajem pojazdów samochodowych lub innych pojazdów silnikowych; inną usługę świadczoną podróżnym, która nie stanowi integralnej części usług wskazanych powyżej.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 i 2 ww. ustawy, działalność w zakresie organizowania imprez turystycznych oraz ułatwiania nabywania powiązanych usług turystycznych jest regulowaną działalnością gospodarczą, tzn. znajduje się pod specjalnym nadzorem państwa i wymaga od przedsiębiorców spełniania w trakcie jej prowadzenia wymogów finansowych.

Minister właściwy do spraw turystyki na stronie internetowej obsługującego go urzędu udostępnia Centralną Ewidencję Organizatorów Turystyki i Przedsiębiorców Ułatwiających Nabywanie Powiązanych Usług Turystycznych, którą prowadzi Ubezpieczeniowy Fundusz Gwarancyjny. Wykonawca Gandalf Travel nie posiada wpisu w powyższej ewidencji.

W związku z powyższym, Wykonawca Gandalf Travel nie posiada uprawnień do wykonywania działalności lub czynności objętych przedmiotem zamówienia, co potwierdza brak odpowiedniego kodu PKD ujawnionego w rejestrze CEIDG oraz brak wpisu działalności

regulowanej.

Zamawiający sformułował wniosek o odrzucenie odwołania. W uzasadnieniu wskazał, że odwołanie zostało przekazane Zamawiającemu z uchybieniem terminu na jego wniesienie, tj. zostało złożone 2022-01-17 o godzinie 16:26:36 za pośrednictwem platformy zakupowej. Zgodnie z art. 513 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Natomiast, jak wynika z art. 517 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, domniemywa się, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przekazanie odwołania nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Odwołanie może zostać przekazane Zamawiającemu po godzinach jego pracy. Nie wpływa to na skuteczność dokonanej czynności. Termin na wniesienie odwołania liczy się w dniach, a nie w godzinach urzędowania Zamawiającego.

Bez znaczenia pozostaje fakt, że 17 stycznia 2022 r. godziny urzędowania Zamawiającego obejmowały godziny od 8:00 do 16:00, a Odwołujący przekazał odwołanie o godzinie 16:26:36. Przekazanie Zamawiającemu odwołania za pośrednictwem platformy zakupowej w terminie przewidzianym na jego wniesienie (nawet o godzinie 16:26:36), jest dokonane skutecznie i z dochowaniem wymaganego ustawą terminu.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania.

Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, środki ochrony prawnej

określone w dziale IX tej ustawy przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz

innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący złożył ofertę w niniejszym postępowaniu. Zatem niewątpliwie posiada interes we wniesieniu odwołania od niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu jego oferty. Posiada także interes w kwestionowaniu wyboru oferty Przystępującego, w sytuacji, gdy oferta Przystępującego w jego ocenie powinna podlegać odrzuceniu.

Obie kwestionowane przez Odwołującego czynności, zostały dokonane przez Zamawiającego jednocześnie. Ze względu na wniesienie odwołania, czynność odrzucenia oferty Odwołującego nie stała się prawomocna. W przypadku uwzględnienia odwołania wniesionego przez Odwołującego i przywrócenia jego oferty w postępowaniu, Odwołujący w dalszym ciągu będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia. Natomiast czynność wyboru oferty najkorzystniejszej podlega weryfikacji przez wykonawców w ramach środków ochrony prawnej. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku czynności Zamawiającego dokonanych z naruszeniem ustawy. Pozbawienie wykonawców biorących udział w postępowaniu prawa do podważania wyboru oferty złożonej przez wykonawcę, którego oferta powinna zostać odrzucona, może spowodować realizację zamówienia przez ten podmiot, co przeczy celowi i istocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Upływ terminu związania ofertą pozostaje bez wpływu na kwestię posiadania interesu we wniesieniu odwołania. Odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego dokonanych przed upływem terminu związania ofertą. Ponadto w obecnie obowiązującym uregulowaniu prawnym, wykonawca może dokonać przedłużenia terminu związania ofertą na wezwanie Zamawiającego.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy w treści oferty przedstawili cenę netto i brutto za realizację usługi. Odwołujący wypełnił wymaganie Zamawiającego. Przystępujący takiego wymagania nie wypełnił, bowiem nie przedstawił w formularzu ofertowym kwoty netto za realizację zamówienia.

Zamawiający nie wymagał natomiast, aby wykonawcy przedstawiali stawkę podatku VAT. Niezależnie od powyższego, Odwołujący wskazał, że zostanie przez niego zastosowana szczególna procedura - procedura marża VAT - 0%.

21 grudnia 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie powodów zastosowania procedury VAT marża - 0%. Wykonawca złożył wyjaśnienia, z których wynikało, że niniejsze postępowanie ma szczególny charakter i zastosowanie będą miały dwie stawki podatku VAT: 0% i 23 %. Zamawiający uznał wyjaśnienia Odwołującego za nieprzekonujące. W ocenie Izby, stanowisko Zamawiającego jest nieuprawnione. Okoliczność tę potwierdza fakt, że również Przystępujący w treści złożonych wyjaśnień wskazał na okoliczność, że w niniejszym postępowaniu będą miały zastosowanie dwie stawki podatku VAT: 0% i 23%.

Przyjęcie przez Zamawiającego złożonych przez Odwołującego wyjaśnień jako niewiarygodnych i niezastępujących na uwzględnienie w sytuacji, gdy treść wyjaśnień Przystępującego (uznanych za wiarygodne) potwierdza szczególne okoliczności

postępowania, nie znajduje uzasadnienia.

Ponadto Odwołujący wielokrotnie podnosił, że Zamawiający nie oczekiwał wskazania stawki podatku VAT, a jedynie cenę netto i brutto - tym samym odrzucenie oferty Odwołującego z powodu błędu w zakresie wskazanej stawki podatku VAT nie jest uprawnione.

Jest to okoliczność istotna także dlatego, że Przystępujący w ogóle nie wskazał ceny netto realizacji zamówienia, podczas gdy Zamawiający, zgodnie z wymaganiami SWZ i formularza ofertowego, oczekiwał wskazania ceny netto za realizację zamówienia, a jego oferta nie została odrzucona przez Zamawiającego. Powyższe wskazuje na nierówne traktowanie wykonawców w podobnej sytuacji.

Obaj Wykonawcy, zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący, wskazali na okoliczność, że zgodnie z art. 106e ust. 2 ustawy o podatku od towarów i usług, na fakturze dokumentującej świadczenie usług opodatkowanych w procedurze VAT marża, nie podlega wskazaniu kwota netto oraz podatek VAT, a wyłącznie kwota brutto. Powyższe oznacza, że ocenie Zamawiającego powinna podlegać wyłącznie kwota brutto za realizację zamówienia. Skoro bowiem obaj Wykonawcy zamierzają zastosować przy rozliczeniu procedurę VAT marża, to wskazywanie kwoty netto, czy stawki podatku VAT na tę chwilę nie powinno być obligatoryjne, a jej wskazanie w tej szczególnej sytuacji nie powinno prowadzić do odrzucenia oferty. Treść formularza ofertowego mogła wprowadzać w błąd, skoro Zamawiający oczekiwał podania kwoty netto, a jednocześnie wpisanie tej kwoty (mając na uwadze treść art. 106e ust. 2 ustawy o podatku od towarów i usług) na obecnym etapie nie jest możliwe. Z całą pewnością Odwołujący nie powinien być obciążony negatywnymi konsekwencjami, gdy wypełniając wymagania Zamawiającego (co do konieczności przedstawienia kwoty netto za realizację zamówienia w formularzu ofertowym), taką kwotę przedstawił. Jednocześnie Odwołujący w treści złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień wskazał, że nie wspomniał o stawce podatku VAT wynoszącej 23%, gdyż obawiał się, że podanie dwóch stawek podatku będzie stwarzać wrażenie, że właściwa stawka podatku VAT nie została przez Wykonawcę ustalona. Obawa Odwołującego w tym zakresie jest wiarygodna. Powyższe wskazuje również, że Wykonawca przewidywał także zastosowanie stawki podatku wynoszącej 23%. Złożone wyjaśnienia nie przesądzają zatem, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, że przy obliczeniu ceny ofertowej Odwołujący zastosował nieprawidłową stawkę podatku VAT.

Odwołujący wyjaśnił, że celem stwierdzenia „procedura marża VAT” w formularzu ofertowym było wskazanie na zastosowanie takiej procedury. Z jej zastosowania wynikają takie konsekwencje, jak określone w art. 106e ust. 2 ustawy o podatku od towarów i usług.

Jeśli na chwilę składania ofert nie było możliwe ustalenie kwoty netto i co za tym idzie - stawki i kwoty podatku VAT, a charakter przedmiotu zamówienia uzasadnia zastosowanie dwóch stawek podatku VAT (na co również wskazał Odwołujący w wyjaśnieniach), to oferta Odwołującego nie powinna zostać odrzucona. Także w sytuacji, gdy Zamawiający nie oczekiwał przedstawienia przez Wykonawcę stawki (czy kwoty) podatku VAT. Skoro brak jest możliwości przedstawienia kwoty netto oraz stawki i kwoty podatku VAT na etapie składania oferty, to nie można mówić o błędzie w obliczeniu ceny. Błąd może wystąpić w sytuacji, gdy znane są składniki działania matematycznego. A skoro Zamawiający przyznał, że składniki mogą nie być znane na chwilę składania ofert (tak też wynika z wyjaśnień Przystępującego, które Zamawiający zaakceptował), to brak jest podstaw do uznania, że w ofercie Odwołującego został popełniony błąd w obliczeniu ceny.

Należy także zauważyć, że Odwołujący wskazał na przyjęty przez siebie sposób realizacji usługi, który pociąga za sobą sposób przyszłego rozliczenia podatku VAT (stan faktyczny

przytoczony powyżej). Odwołujący wskazał na przyjęte założenia, jak również na interpretację podatkową (pkt f). Należy mieć na uwadze szczególny charakter usługi i stawki podatku VAT, jak również okoliczność, że Zamawiający takiej stawki nie ustalił z całą pewnością i nie dokonał weryfikacji ceny ofertowej Odwołującego w oparciu o wszystkie wskazywane okoliczności. Zamawiający nie wezwał także Odwołującego do przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny. Jednocześnie przygotowując formularz ofertowy, Zamawiający pominął całkowicie brak możliwości przedstawienia kwoty netto i kwoty oraz stawki podatku VAT w przypadku zastosowania procedury marża VAT.

Biorąc pod uwagę całokształt wyżej wskazanych okoliczności należało uznać za zasadny zarzut nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego, jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, w sytuacji gdy oferta Odwołującego nie zawiera takich błędów.

Wykonawca A. G.-K. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Gandalf Travel A. G.-K. wraz z ofertą złożyła oświadczenie, zgodnie z którym spełnia warunki udziału w postępowaniu. Na wezwanie Zamawiającego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym wykazu zrealizowanych usług, złożyła zobowiązanie podmiotu trzeciego GMSYNERGY spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.j. do udostępnienia zasobów w postaci doświadczenia. Jak wynika z przedłożonych zobowiązań podmiotu trzeciego, GMSYNERGY spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.j. udostępnia podmiotowi Gandalf Travel A. G.-K. zasoby w postaci zdolności technicznej (wiedzy i doświadczenia), nabytych w trakcie organizacji misji gospodarczych przez Spółkę oraz wspólnika w osobie Agnieszki G.-K.. Jako zakres prac, w których podmiot trzeci weźmie udział przy realizacji niniejszego zamówienia, wskazano nadzór i koordynację. Zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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. Oznacza to, że w przypadkach określonych przepisem, podmiot udostępniający zasoby musi uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest usługa kompleksowej organizacji misji gospodarczej, nie zaś nadzór i koordynacja. Tym samym treść takiego zobowiązania nie jest prawidłowa w kontekście powyżej zacytowanego przepisu.

W sytuacji, gdy na etapie złożenia oferty Wykonawca nie złożył oświadczenia o realizowaniu zamówienia przy udziale podmiotu trzeciego, brak jest możliwości uzupełnienia takiego oświadczenia w trybie art. 126 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący w piśmie uzupełniającym podkreślał okoliczność, że informacja o realizacji zamówienia przy udziale podmiotu trzeciego nie wynikała z treści oferty. Z oferty Wykonawcy Gandalf Travel A. G.-K. wynika, że przedmiotowe zamówienie Wykonawca zamierza wykonać własnymi siłami, tj. również bez udziału podwykonawców, a także, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępniania zasobów zostało złożone dopiero po wezwaniu Zamawiającego do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, z oferty nie wynikało natomiast, że wykonawca będzie realizował przy udziale podmiotu trzeciego. Zgodnie z artykułem 123 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca nie może, po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Podobne uregulowanie Zamawiający zawarł w treści SWZ.

Odwołujący nie podniósł w odwołaniu zarzutu naruszenia powyższego przepisu, zatem Izba nie może orzekać co do takiego zarzutu. Niezależnie od powyższego, Zamawiający jest zobowiązany do prawidłowego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, zatem powinien rozpoznać powyższe okoliczności. Stąd Izba w sentencji wyroku orzekła o konieczności ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu.

Odwołujący na marginesie wskazał na okoliczność, że Wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Gandalf Travel A. G.-K., nie posiada uprawnień do prowadzenia działalności, która stanowi przedmiot niniejszego postępowania.

Odwołujący wskazał na okoliczność, że zgodnie z art. 22 ust. 1 i 2 ustawy o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych, działalność w zakresie organizowania imprez turystycznych oraz ułatwiania nabywania powiązanych usług turystycznych jest regulowaną działalnością gospodarczą, tzn. znajduje się pod specjalnym nadzorem państwa i wymaga od przedsiębiorców spełniania w trakcie jej prowadzenia wymogów finansowych. Działalność wymaga uzyskania wpisu do rejestru organizatorów turystyki i przedsiębiorców ułatwiających nabywanie powiązanych usług turystycznych. Wpis do rejestru stanowi w

Polsce podstawę do podjęcia legalnej działalności w zakresie organizacji imprez turystycznych. W tym zakresie Odwołujący wskazał na fakt, że Wykonawca Gandalf Travel A.G.-K. nie posiada uprawnień do wykonywania działalności lub czynności objętych przedmiotem zamówienia, co potwierdza brak odpowiedniego kodu PKD ujawnionego w rejestrze CEIDG oraz brak wpisu działalności regulowanej.

Zamawiający wskazał natomiast, że nie wymagał, aby Wykonawcy składali dokumenty na potwierdzenie posiadania uprawnień, zatem oferty nie podlegały weryfikacji w tym zakresie. Zamawiający uznał, że wystarczającym będzie posiadanie odpowiednich uprawnień na moment wykonywania usług.

W ocenie Izby, nawet w sytuacji, gdy Zamawiający nie wymagał złożenia dokumentów na potwierdzenie posiadania uprawnień do realizacji zamówienia, Zamawiający powinien wyjaśnić te kwestie właśnie w sytuacji, gdy jest wątpliwe, czy podmiot posiada takie uprawnienia. Zamawiający nie ma pewności, że Wykonawca takie uprawnienia będzie posiadał na etapie realizacji zamówienia. Nie jest uprawnione zawarcie umowy z Wykonawcą, który nie posiada uprawnień do realizacji zamówienia. W niniejszym postępowaniu wyjaśnienie sytuacji Przystępującego jest o tyle istotne, że Przystępujący z jednej strony twierdzi, że usługi w zakresie organizowania imprez turystycznych nie stanowią przedmiotu zamówienia, stąd nie jest konieczne posiadanie odpowiedniego wpisu do działalności regulowanej (pismo procesowe). Z drugiej strony, w treści składanych wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego (oraz piśmie odnoszącym się do ceny zaoferowanej przez Odwołującego) wskazuje jednoznacznie, że przedmiotem zamówienia są takie usługi. Co więcej, na takie usługi powołuje się w kontekście możliwości zastosowania procedury marża VAT. Z powyższych względów Izba nakazała w treści sentencji ponowne badanie i ocenę ofert z udziałem także oferty Przystępującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy §5 pkt 1 oraz §5 pkt 2a) i 2b), §7 ust. 1 pkt 1)

, zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty z tytułu zastępstwa procesowego i dojazdu na rozprawę pełnomocnika Odwołującego.

Przewodniczący: