

WYROK
z dnia 19 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszekiewicz

Członkowie: Marek Bienias

Anna Chudzik

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 grudnia 2023 r. przez wykonawcę **M. L. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „LE-MO” M. L. w Łasku** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Miasto Gniezno**

przy udziale:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna w Kostrzynie nad Odrą (członek konsorcjum), Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna Obszar 5 Spółka jawna z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą (lider konsorcjum) oraz Centrum Infrastruktury Wspólnej – Forum Przedsiębiorczości Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie (członek konsorcjum) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w całości i nakazuje Zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- b) odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna w Kostrzynie nad Odrą, Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna Obszar 5 Spółka jawna z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą oraz Centrum Infrastruktury Wspólnej – Forum Przedsiębiorczości Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie,
- c) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Miasto Gniezno i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od Zamawiającego Miasta Gniezno na rzecz Odwołującego M. L. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „LE-MO” M. L. w Łasku kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 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.

Przewodnicząca:.....

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający: Miasto Gniezno (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz.1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie udzielenie

zamówienia publicznego w trybie podstawowym z fakultatywnymi negocjacjami pn.: „Zarządzanie szaletami miejskimi na terenie Miasta Gniezna w latach 2024-2026” (Nr referencyjny postępowania: WZ.U.271.3.2023). Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 26 października 2023 r. pod nr 2023/BZP 00464142/01

Dnia 4 grudnia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 513 pkt 1) i 2) ustawy Pzp odwołanie złożył Wykonawca M. L. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „LE-MO” M. L. w Łasku (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono od czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu, w postaci:

1) niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, podjętej w Postępowaniu, polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy – Konsorcjum wykonawców: Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna – Członek Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna obszar 5 sp. j. – Lider Konsorcjum oraz Centrum Infrastruktury Wspólnej – Forum Przedsiębiorczości sp. j. – Członek Konsorcjum, pomimo że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, w tym – oferta została wybrana pomimo uprzedniego wezwania do złożenia wyjaśnień przez Wykonawcę w zakresie zwolnienia z podatku VAT, a mimo treści złożonych wyjaśnień Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Wykonawcy, przez co naruszył również zasadę równego traktowania wykonawców, jak również oferta Wykonawcy jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów;

2) zaniechania czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie Ustawy, tj. odrzucenia oferty wykonawcy – Konsorcjum wykonawców: Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna – Członek Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna obszar 5 sp. j. – Lider Konsorcjum oraz Centrum Infrastruktury Wspólnej – Forum Przedsiębiorczości sp. j. – Członek Konsorcjum, pomimo że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i pomimo tego, że oferta Wykonawcy jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów;

3) zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp poprzez: nieodrzczenie oferty wykonawcy – Konsorcjum wykonawców: Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna – Członek Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna obszar 5 sp. j. – Lider Konsorcjum oraz Centrum Infrastruktury Wspólnej – Forum Przedsiębiorczości sp. j. – Członek Konsorcjum, mimo iż została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co związane jest przede wszystkim ze sztucznym i nieuzasadnionym ułożeniem składu Konsorcjum, jak również treści oferty i sposobu rozliczenia należnego Konsorcjum wynagrodzenia, w taki sposób, by – w ocenie Konsorcjum – uprawnione było stosowanie zwolnienia z podatku VAT do całości należnego Konsorcjum wynagrodzenia;

2. art. 226 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy Pzp, w zw. z art. 83 § 3 Kodeksu cywilnego oraz w zw. z art. 119a § 1 i 3 ustawy Ordynacja Podatkowa, poprzez: nieodrzczenie oferty wykonawcy – Konsorcjum wykonawców: Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna – Członek Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna obszar 5 sp. j. – Lider Konsorcjum oraz Centrum Infrastruktury Wspólnej – Forum Przedsiębiorczości sp. j. – Członek Konsorcjum, mimo iż jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów tj. na podstawie art. 83 § 1 Kodeksu cywilnego oraz art. 119a § 1 i 3 ustawy Ordynacja Podatkowa;

3. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp, poprzez: bezpodstawny wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawców: Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna – Członek Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna obszar 5 sp. j. – Lider Konsorcjum oraz Centrum Infrastruktury Wspólnej – Forum Przedsiębiorczości sp. j. – Członek Konsorcjum, mimo, iż ta oferta nie jest najkorzystniejsza, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości; co powoduje naruszenie interesu Odwołującego, ponieważ wyżej opisane działania i zaniechania Zamawiającego uniemożliwiły wybranie oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu, a tym samym uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Tym samym Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy, wskazanych w treści Odwołania.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie Odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 29 listopada 2023 r.,

2. ponownego zbadania i dokonania ocen złożonych w Postępowaniu ofert wszystkich wykonawców, w tym Odwołującego,

3. odrzucenia oferty - wykonawcy – Konsorcjum wykonawców: Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia

Socjalna – Członek Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna obszar 5 sp. j. – Lider Konsorcjum oraz Centrum Infrastruktury Wspólnej – Forum Przedsiębiorczości sp. j. – Członek Konsorcjum, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp z powodu złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4) ustawy z powodu nieważności oferty na podstawie odrębnych przepisów,

4. dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu,

5. zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia akt Postępowania i przeprowadzenie dowodu z dokumentów, oświadczeń i informacji znajdujących się w aktach Postępowania, w tym SWZ.

Jednocześnie Odwołujący wnosil o:

1. przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści Odwołania na fakty opisane i wskazane w jego treści;

2. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa w postępowaniu odwoławczym w kwocie 3.600,00 zł oraz pozostałych udokumentowanych kosztów, których spis wraz z dowodami ich poniesienia miał zostać przedstawiony na rozprawie. Odwołujący wskazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Odwołujący wskazał, że jest podmiotem oferującym na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, a zatem posiada status wykonawcy w świetle ustawy Pzp. Z kolei w wyniku bezpodstawnego w jego ocenie zastosowania przez Zamawiającego niekonkurencyjnego trybu negocjacji bez ogłoszenia, Odwołujący został pozbawiony możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia, do którego realizacji posiada potencjał. W sytuacji bowiem, gdyby Zamawiający prowadził postępowanie w trybie konkurencyjnym Wykonawca złożyłby ofertę mając realne szanse na uzyskanie zamówienia. Konsekwencją powyższego jest pozbawienie Odwołującego potencjalnego zysku związanego z realizacją przedmiotowego zamówienia publicznego, co stanowi szkodę.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp. Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu Zamawiający przesłał wykonawcom w dniu 29 listopada 2023 r. za pośrednictwem platformy zakupowej zatem termin na wniesienie odwołania upłynął dnia 4 grudnia 2023 r.

Wpis od odwołania w kwocie 7 500,00 złotych (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców, znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów, zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami, jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w tym dokonania rzetelnej oceny ofert oraz w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący wskazał, że wykonawcy biorący udział w Postępowaniu złożyli oferty, wskazujące stawkę podatku VAT w różnej wysokości. Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej Odwołujący zauważył, że oferty, dla których w tych samych okolicznościach faktycznych i prawnych zastosowano różne stawki podatku VAT, są nieporównywalne. Wskazał też, że Zamawiający badając oferty ma obowiązek badać wysokość prawidłowej stawki VAT. Aby oferty złożone w postępowaniu mogły być porównywalne m.in. ceny ofertowe muszą być obliczone z zastosowaniem tych samych reguł, w tym z zastosowaniem tych samych stawek VAT, które są istotnym elementem kalkulacji ceny oferty. Zaniżenie wartości oferty Przystępującego poprzez niezastosowanie prawidłowej stawki podatku VAT 23%, przynajmniej w odniesieniu do części przedmiotu zamówienia, stanowiło w ocenie Odwołującego w ramach Postępowania czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że ze złożonego w postępowaniu oświadczenia wynika jednoznacznie, że czynności, składające się na podstawowy przedmiot zamawianych przez Zamawiającego usług wykona Członek Konsorcjum - Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna, podczas gdy pozostali dwaj członkowie Konsorcjum będą wykonywać wyłącznie czynności poboczne, pomocnicze, niezamawiane wprost odrębnie przez Zamawiającego. Wskazał on również, że nie jest prawdą, iż wobec wszystkich wykonawców, będących członkami Konsorcjum, może zostać zastosowane zwolnienie podmiotowe, o którym mowa w art. 113 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług, gdyż jeden z nich – Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna - prowadzi działalność gospodarczą od 2020 r. i wykonawca ten jest czynnym podatnikiem VAT, zarejestrowanym jako czynny podatnik od 01 marca 2021 r. Oznacza to, że podmiot ten zobowiązany jest rozliczać podatek VAT i składać oferty z jego uwzględnieniem. Odwołujący wskazał również że Zamawiający wprawdzie wykonał uprawnienie do wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie zastosowanego zwolnienia z VAT, lecz następnie – po uzyskaniu odpowiedzi Przystępującego zaniechał dokładnego zbadania udzielonej odpowiedzi i stanu faktycznego, dotyczącego poszczególnych członków Konsorcjum, co doprowadziłoby go do stwierdzenia, że Przystępujący nie odniósł się w ogóle do faktycznej sytuacji jednego z członków

Konsorcjum – będącego czynnym podatnikiem podatku VAT, a złożone wyjaśnienia wprost wskazują, że Przystępujący swoim działaniem zamierza obejść obowiązek rozliczania podatku VAT w ramach zawartej z Zamawiającym umowy. Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie zbadał statusu podatkowego poszczególnych konsorcjantów, oparł się wyłącznie na oświadczeniu Przystępującego z dnia 13 listopada 2023 r., podczas gdy informacje te są jawne i powszechnie dostępne.

Odwołujący wskazał, że Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna utworzyło, na dzień złożenia odwołania, 10 spółek jawnych pod nazwą podobną jak: Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna obszar 5 sp. j., będące członkiem Konsorcjum w niniejszej sprawie, tyle że zmienia się w nazwie kolejnych spółek numer „obszaru” – od 1 do 10. Wszystkie spółki zostały utworzone i wpisane do Rejestru Przedsiębiorców KRS w czasie ostatnich kilku miesięcy. Udział nowo utworzonych spółek w tworzonych obecnie konsorcjach w ocenie Odwołującego ma zagwarantować zwolnienie z obowiązku rozliczania podatku VAT na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy o VAT. Nie należy jednak jego zdaniem rozciągać uprawnień przysługującego nowo utworzonej spółce na działalność całego konsorcjum. Działanie Przystępującego należy zakwalifikować zdaniem Odwołującego jako czyn nieuczciwej konkurencji – ideą konsorcjum jest bowiem połączenie zasobów wykonawców w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, aby dzięki temu uzyskać zamówienie publiczne, podczas gdy to konkretne konsorcjum jest tzn. sztucznym konsorcjum – jeden z konsorcjantów był w stanie samodzielnie wziąć udział w Postępowaniu i spełnić wszystkie postawione przez Zamawiającego warunki udziału. Mając na uwadze powyższe zdaniem Odwołującego oferta złożona przez Przystępującego powinna zostać odrzucona.

Zamawiający w dniu 14 grudnia 2023 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania jako całkowicie bezzasadnego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia przez Izbę zarzutów odwołania oferta Odwołującego znajdzie się na pierwszym miejscu.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna – Członek Konsorcjum, Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna obszar 5 sp. j. – Lider Konsorcjum oraz Centrum Infrastruktury Wspólnej – Forum Przedsiębiorczości sp. j. – Członek Konsorcjum. Strony nie zgłosiły opozycji, ani zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia tego wykonawcy do postępowania odwoławczego. Izba postanowiła dopuścić wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna w Kostrzynie nad Odrą, Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna obszar 5 sp. j. z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą oraz Centrum Infrastruktury Wspólnej – Forum Przedsiębiorczości sp. j. z siedzibą w Warszawie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie wraz z załącznikami, pisma procesowego złożonego przez Przystępującego oraz dowodów złożonych przez Odwołującego na posiedzeniu.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie w całości należało uwzględnić.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym z fakultatywnymi negocjacjami pn.: „Zarządzanie szaletami miejskimi na terenie Miasta Gniezna w latach 2024-2026”. W postępowaniu oferty złożyło czterech wykonawców. Trzech złożyło ofertę cenową z zastosowaniem stawki podatku VAT 23%. Taką stawkę VAT

wskazał Zamawiający w SWZ. Przystępujący w ofercie wskazał: „nie dotyczy”, dopisał także w treści oferty: „Wykonawca zwolniony z VAT (art. 113 ustawy o podatku od towarów i usług). Zwolnienie będzie obowiązywało w całym okresie realizacji usługi.” 10 listopada 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących m.in. zwolnienia z VAT. W dniu 13 listopada 2023 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia wskazując, że: „przy rozliczeniach z Zamawiającym będzie miało zastosowanie zwolnienie podmiotowe z VAT. W ofercie wskazano, że Wykonawca jest zwolniony z VAT (art. 113 ustawy o podatku od towarów i usług). Zwolnienie będzie obowiązywało w całym okresie realizacji usługi. Wykonawca kalkuluje, że usługa będzie wykonywana przez trzy lata rachunkowe. Każdy rok rachunkowy

stanowi odrębny limit zwolnienia podmiotowego, dla każdego podmiotu. Wykonawcy, będący odrębnymi podatnikami, którzy będą dokonywali rozliczeń z Zamawiającym, są i będą zwolnieni z podatku VAT. Obecny limit zwolnienia podmiotowego wynosi 200 tys. zł rocznie na jeden podmiot. Do limitu nie wlicza się usług zwolnionych przedmiotowo z VAT (jeżeli takie są świadczone) oraz podatku VAT. Od roku 2025, limit zwolnienia podmiotowego będzie wyższy niż obecny. Wykonawca potwierdza spełnianie warunku co do zwolnienia w odniesieniu do wymogu nieprzekroczenia limitu przez podatników - Wykonawców, którzy będą prowadzili rozliczenia z Zamawiającym, w poprzednim (obecnym) roku. Na marginesie należy wskazać, iż w konsekwencji braku naliczania podatku VAT od sprzedawanych usług, nie jest on również odliczany od kosztów dla nabywania usług związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia tj. w odniesieniu do wszelkich kosztów zakupu materiału, usług pomocniczych czy usług świadczonych przez podwykonawców. Ubocznie należy wskazać, iż w przypadku zarejestrowania któregośkolwiek podatnika, jako czynnego płatnika VAT, cena usługi brutto pozostanie niezmienna. Nie umniejsza to prawa skorzystania ze zwolnienia w pełnej wysokości, zgodnie z aktualnymi okolicznościami. Bez względu na wszystkie elementy związane z podatkiem, cena brutto dla Zamawiającego będzie niezmienna na gruncie podatkowym." W dniu 16 listopada 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dot. ceny (art. 224 ust. 1 ustawy Pzp) oraz do złożenia podmiotowych środków dowodowych (art. 274 ust. 1 i 2 ustawy Pzp). W dniu 21 listopada 2023 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia dotyczące ceny oraz podmiotowe środki dowodowe. W dniu 24 listopada 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dot. podmiotowych środków dowodowych (art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp). W dniu 24 listopada 2023 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia. W dniu 29 listopada 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, o czym poinformował wykonawców. Za najkorzystniejszą została wybrana oferta Przystępującego. Oferta Odwołującego uplasowała się na drugiej pozycji. Z tak dokonany wybór nie zgodził się Odwołujący, który zarzucił Zamawiającemu naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów, wskazując, że oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego.

Rozpoznanie sprawy przez Izbę dotyczyło tego, czy Przystępujący złożył w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu ofertę w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a w związku z tym, czy Zamawiający powinien był odrzucić ofertę Przystępującego. W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że nie sposób się zgodzić ze stanowiskiem zaprezentowanym przez Zamawiającego, że KIO nie jest organem odpowiednim do rozpoznania zarzutów zawartych w odwołaniu, że ewentualnym stwierdzeniem czy mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji jest m.in. UOKiK. Materia stanowiąca przedmiot odwołania zgodnie z ustawą Pzp należy do kompetencji KIO. Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zamawiający dokonując oceny oferty zobowiązany jest do zweryfikowania, czy jej złożenie nie nastąpiło w warunkach nieuczciwej konkurencji. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający skierował do Przystępującego pytanie, które mogłoby wskazywać, że pojawiły się u niego wątpliwości, jednak poprzestał na lakonicznym, niepełnym wyjaśnieniu. Zamawiający wskazał, że nie może on prowadzić „śledztwa” nawet, gdy intuicja wskazuje mu, że coś może być na rzeczy. Zdaniem Izby właśnie w takiej sytuacji Zamawiający jest zobowiązany do podjęcia czynności mających na celu dogłębne wyjaśnienie, czy do czynu nieuczciwej konkurencji w postępowaniu nie doszło. Dokumenty przedłożone w niniejszym postępowaniu przez Odwołującego nie są w większości trudno dostępne. Duża część z nich jest powszechnie dostępna, jak chociażby tzw. Biała lista podatników czy odpisy z rejestru przedsiębiorców. W ocenie Izby ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego jednoznacznie wynika, że skład konsorcjum Przystępującego został ustalony w taki sposób, aby wykonawca ten mógł skorzystać ze zwolnienia podmiotowego z VAT, a co za tym idzie, aby możliwe było zaoferowanie ceny korzystniejszej od pozostałych wykonawców, którzy zastosowali stawkę VAT 23%. Jak wynika z dokumentacji postępowania cena zaoferowana przez Przystępującego nie byłaby najkorzystniejsza, gdyby doliczono do niej podatek VAT według wymaganej przez Zamawiającego stawki. Co więcej w takiej sytuacji kwota zaoferowana przez Przystępującego przekraczałaby budżet Zamawiającego przeznaczony na realizację przedmiotowego zamówienia. Izba zgadza się z Przystępującym, że nie każdy konsorcjant musi być zwolniony z VAT, podobnie Izba nie kwestionuje możliwości skorzystania przez przedsiębiorców ze zwolnienia przewidzianego w art. 113 ustawy o VAT. Jednak sposób działania Przystępującego wyraźnie wskazuje na to, że skład konsorcjum nie był przypadkowy. Dwóch z członków to nowozarejestrowane spółki, które spełniają wymagania przewidziane w art. 113 ustawy o VAT, podczas gdy warunki udziału w postępowaniu spełniał samodzielnie członek konsorcjum Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna w Kostrzynie nad Odrą będący czynnym podatnikiem VAT. Izba zgadza się, że konsorcjum jest formułą współdziałania kilku wykonawców celem łączenia potencjałów i zwiększenia efektywności w realizacji zamówienia. Jednak w przedmiotowym postępowaniu w

ocenie Izby nie ma mowy o łączeniu potencjałów i zwiększeniu efektywności realizacji zamówienia. Obecność dwóch wykonawców gwarantuje możliwość skorzystania ze zwolnienia z VAT odnośnie całości zamówienia. Ich rola w realizacji zamówienia jest niewielka, co ciekawe właśnie tym podmiotom powierzono dokonywanie rozliczeń z umowy zawartej z Zamawiającym. Z dowodów przedłożonych przez Odwołującego wynika, że do realizacji zamówień realizowanych przez podmioty powiązane z Przedsiębiorstwem Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna w Kostrzynie nad Odrą kierowana jest ilość nowotworzonych spółek zapewniająca możliwość skorzystania ze zwolnienia z VAT. Można w związku z tym przyjąć, że gdyby wartość przedmiotowego zamówienia była większa, to konsorcjum składałoby się np. z czterech wykonawców, z czego trzech byłoby nowozawianymi spółkami korzystającymi ze zwolnienia z VAT. Izba nie dała wiary argumentacji zaprezentowanej przez Przystępującego, że nowe spółki to są start-upy i że ich udział ma na celu usamodzielnienie tych podmiotów, aby mogły one następnie występować w innych postępowaniach. Do 15 grudnia 2023 r. powołanych zostało 15 spółek jawnych, w których uczestniczą te same podmioty. Wspólnikiem każdej z nich jest Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna w Kostrzynie nad Odrą. Przystępujący w swojej argumentacji skupiał się przede wszystkim na celu, w jakim powoływane są spółdzielnie. Należy jednak zwrócić uwagę na to, że spółki jawne są to przedsiębiorcy, którzy z założenia działają w celu osiągnięcia zysku, a ten zysk w przypadku zaoferowanej ceny jest większy, jeżeli porównujemy ceny brutto z ceną netto. Marża w przypadku wykonawcy oferującego cenę netto jest znacznie większa, aniżeli w przypadku wykonawców konkurujących ceną brutto. W ocenie Izby działanie Przystępującego utrudniło innym przedsiębiorcom dostęp do rynku. Niezrozumiałym wydaje się argument podniesiony przez Przystępującego, że inni wykonawcy również mogą utworzyć spółki, które będą korzystały ze zwolnienia z VAT. Nie na tym bowiem polega uczciwa konkurencja, aby tworzyć spółki wyłącznie w celu uzyskania możliwości konkurowania z innym podmiotem. Takie działanie stanowiłoby wypaczenie uczciwej konkurencji. Takie działanie godzi zdaniem Izby w dobre obyczaje.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w całości wobec czego orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Zamawiającego. Jednocześnie Izba wskazuje, że do kosztów postępowania odwoławczego nie zaliczyła faktury nr I23180B03015384 na kwotę 300,01 zł przedłożonej przez Odwołującego, nie wykazał on bowiem, że faktura ta wiąże się z poniesieniem uzasadnionych kosztów tj. nie wskazał m.in. trasy oraz odległości, jaką musiał pokonać. Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca:
.....
.....