Sygn. akt:KIO 5385/25

WYROK

Warszawa, dnia 3 marca 2026 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Osiecka-Baran

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lutego 2026 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 grudnia 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **TARGET Spółka jawna A.Ł., M.R. z siedzibą w Warszawie oraz ASPEKT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Muzeum Sztuki Współczesnej w Krakowie MOCAK**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie w części i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Klavo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Artish Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie oraz Darania Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowiena podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.**

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

   3.1. 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,

   3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.**

Przewodnicząca:……...

Sygn. akt KIO 5385/25

U z a s a d n i e n i e

Muzeum Sztuki Współczesnej w Krakowie MOCAK, dalej „Zamawiający", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn. *Świadczenie usługi obsługi ekspozycji na rzecz Muzeum Sztuki Współczesnej w Krakowie MOCAK*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), dalej „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 7 listopada 2025 r. pod numerem 2025/BZP 00523431/01.

W dniu 1 grudnia 2025 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia TARGET Spółka jawna A.Ł., M.R. z siedzibą w Warszawie oraz ASPEKT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący", wnieśli odwołanie, od niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, wskazując w *petitum* odwołania:

1. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy – konsorcjum Klavo sp. z o.o., Artish sp. z o.o. i Darania sp. z o.o. (dalej „Konsorcjum") w sytuacji, gdy oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, zawierało wskazanie, że usługa Doraźnej Obsługi Ekspozycji zostanie wykonane przez Artish sp. z o.o., podczas gdy Artish sp. z o.o. nie wykazała spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej i zgodnie z treścią art. 117 ust. 3 ustawy Pzp nie może wykonywać usługi, do której niezbędne są zdolności określone w SWZ w rozdziale dot. warunków udziału w postępowaniu, a co w konsekwencji doprowadziło do

naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 117 ust. 3 ustawy Pzp oraz naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która powinna zostać odrzucona;

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu pierwszego, wnieśli odwołanie od:

2.zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na wskazaniu przez Konsorcjum, że usługa Doraźnej Obsługi Ekspozycji zostanie wykonana przez Artish sp. z o.o., która nie posiada wymaganego w SWZ doświadczenia, wyłącznie w celu dokonania optymalizacji podatkowej i zaniżenia ceny brutto oraz w konsekwencji uzyskania przewagi nad wykonawcami działającymi zgodnie z prawem, które to działanie jest sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami kupieckimi oraz narusza interes Odwołującego, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która powinna zostać odrzucona;

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu drugiego, wnieśli odwołanie od:

3.zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum, mimo że zawiera ona błędy w obliczeniu ceny polegające na zastosowaniu niewłaściwej stawki podatku VAT (zwolnienie) dla części zamówienia, która to stawka zgodnie z przepisami prawa nie będzie miała zastosowania w niniejszej sprawie, ponieważ wartość tej części zamówienia w połączeniu z innymi czynnościami wykonawcy spowoduje przekroczenie limitu obrotów uprawniającego do zwolnienia podmiotowego w trakcie realizacji umowy, co Konsorcjum samo przyznało w treści oferty (Wykonawca wprost wskazał w ofercie, że podana stawka VAT ma charakter szacunkowy i przewiduje utratę prawa do zwolnienia), co skutkuje uznaniem, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny (przyjęcie błędnej stawki podatku), a błąd ten jest nieusuwalny, gdyż jego poprawienie prowadziłoby do niedopuszczalnej zmiany treści oferty, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp oraz naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która powinna zostać odrzucona.

Równocześnie Odwołujący w treści uzasadnienia odwołania postawił zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy Pzp, podnosząc że oświadczenie Konsorcjum, że kwoty netto i VAT „nie mogą być obecnie wskazane w sposób wiążący", stoi w rażącej sprzeczności z wymogami SWZ i przepisami ustawy, co obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1.odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp – z uwagi na to, że wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu;

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia powyższego wniosku

2.odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp – z uwagi na to, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia powyższego wniosku

3.odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp – z uwagi na to, że oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny (zastosowanie stawki VAT „zwolniony" zamiast stawki podstawowej, w sytuacji, gdy Konsorcjum w toku wykonywania zamówienia utraci prawo do zwolnienia z VAT).

w każdym powyższym przypadku:

4.Nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający pismem z dnia 16 stycznia 2026 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega uwzględnieniu w części.

Izba uwzględniła przy rozpoznaniu odwołania dokumentację postępowania,
w szczególności: specyfikację warunków zamówienia, ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Klavo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Artish Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie oraz Darania Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w

Krakowie, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 27 lutego 2026 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie stałych usług obsługi ekspozycji i doraźnych usług obsługi ekspozycji oraz czynności pomocniczych przez opiekunów ekspozycji (rozumianych jako osoby obsługujące widzów i zapewniające im komfort pobytu w MOCAKu) na rzecz Muzeum Sztuki Współczesnej w Krakowie MOCAK, ul. Lipowa 4.

Zgodnie z pkt III.2 specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ", *W zakres usług wchodzą:*

A. Stała usługa obsługi ekspozycji na stanowisku Opiekuna Ekspozycji wraz z zapewnieniem koordynatora osób świadczących na rzecz Zamawiającego usług (Menadżera Opiekunów);

B. Doraźne usługi obsługi ekspozycji na stanowisku Opiekuna Ekspozycji.

Stosownie do pkt III.4 SWZ,*Usługa, o której mowa w ust. 2 pkt A będzie świadczona według harmonogramu zapotrzebowania przedstawianego przez Muzeum na kolejne miesięczne okresy rozliczeniowe przed ich rozpoczęciem.*

Jak stanowi pkt III.5 SWZ,*Usługa, o której mowa w ust. 2 pkt B będzie świadczona w przypadku zgłoszenia przez Muzeum zapotrzebowania, według harmonogramu zapotrzebowania na osobogodziny (godziny pracy opiekunów ekspozycji) przedstawianego przez Muzeum na kolejne tygodniowe (od poniedziałku do niedzieli) okresy rozliczeniowe przed ich rozpoczęciem, z możliwością ich niewielkich modyfikacji w trakcie wykonywania umowy. W przypadku braku zapotrzebowania po stronie Muzeum, usługi nie będą świadczone. Muzeum nie gwarantuje minimalnego dziennego, tygodniowego, ani miesięcznego wykorzystania osobogodzin za wyjątkiem minimalnego zakresu wykorzystania usług w całym okresie obowiązywania umowy, wynoszącego 1100 osobogodzin. Muzeum przewiduje, że jego łączne średnioroczne zapotrzebowanie będzie wynosić około 7296 osobogodzin (jednak nie więcej niż maksymalnie 12786 osobogodzin i nie mniej niż 1100 osobogodzin). W przypadku niewykorzystania przez Zamawiającego minimalnego zakresu zamówienia na usługę opisaną w ust. 2 pkt B powyżej Zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie obliczone jako różnicę minimalnego zakresu zamówienia i wykorzystanego zakresu zamówienia.*

Zgodnie z pkt VI.4.1 SWZ,*Warunki o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 4) ustawy, dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej: warunek udziału w postępowaniu, zostanie uznany za spełniony, gdy wykonawca wykaże się wiedzą i doświadczeniem w należytym wykonaniu (lub w wykonywaniu - w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednej usługi odpowiadającej swoim rodzajem usługom, stanowiącym przedmiot zamówienia. Za usługę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, uważa się usługę obsługi ekspozycji eksponatów przez opiekunów ekspozycji o wartości tej usługi minimum 100 000,00 zł brutto, realizowaną przez okres co najmniej 6 miesięcy.*

Stosownie do pkt VI.6 SWZ,*W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (np. konsorcjum, spółka cywilna), warunek udziału w postępowaniu zostanie uznany za spełniony, jeżeli jeden z wykonawców spełni warunek samodzielnie.*

W myśl pkt XVI.1, *Cenę oferty należy podać w załączonym do SWZ formularzu oferty. Cenę oferty należy podać w złotych polskich uwzględniając cały zakres przedmiotu zamówienia. Do oceny oferty Zamawiający przyjmie cenę brutto.*

Jak stanowi pkt XVI.5 SWZ,*Wykonawca winien podać w ofercie: Cenę za cały przedmiot zamówienia, w tym: a) cenę za stałą usługę obsługi ekspozycji na 3 stanowiskach jednocześnie, 8h na dobę przez 6 dni w tygodniu, wykonywaną w systemie 8h (za cały okres trwania usługi a nie za jeden miesiąc), b) cenę za usługę doraźną obsługi ekspozycji – cenę należy skalkulować dla maksymalnej ilości osobogodzin tj. 12786 osobogodzin).*

W myśl pkt 2 formularza ofertowego należało podać:

Cena za całość zamówienia [lit. a) + lit. b)] za łączną kwotę netto: ….…… zł plus należny podatek VAT w wysokości ..... %, tj. …… zł, co daje kwotę brutto: ..... zł (słownie złotych brutto: ……) w tym:

a) cena netto: ……..…… zł plus należny podatek VAT w wysokości ..... %, tj. …… zł, co daje kwotę brutto: ..... zł (słownie złotych brutto: ……) – za usługę Stałej Obsługi Ekspozycji na 3 stanowiskach jednocześnie, 8h na dobę przez 6 dni w tygodniu, wykonywaną w systemie 8h (za cały okres trwania usługi a nie za jeden miesiąc);

b) cena netto za maksymalną ilość 12786 osobogodzin usługi świadczenia Doraźnej Obsługi Ekspozycji wynosząca

łącznie: ……..…… zł plus należny podatek VAT w wysokości ..... %, tj. …… zł, co daje kwotę brutto: ..... zł (słownie złotych brutto: ……)

[na co składa się cena jednostkowa netto za 1 (jedną) osobogodzinę świadczenia Usługi Doraźnej Obsługi Ekspozycji: ……..…… zł plus należny podatek VAT w wysokości ..... %, tj. …… zł, co daje kwotę brutto: ..... zł (słownie złotych brutto: ……) X [razy] 12786 osobogodzin]

Izba ustaliła, że w niniejszym postępowaniu ofertę, prócz Odwołującego, złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Klavo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Artish Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie oraz Darania Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, dalej „Konsorcjum".

Konsorcjum w formularzu ofertowym, w pkt 9 (str. 4), złożyło oświadczenie o podziale zadań (oświadczenie wymagane art. 117 ust. 4 ustawy Pzp), wskazując:

Oświadczamy, że następujące usługi wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia zostaną wykonane przez:

1) Lidera Konsorcjum (Klavo Sp. z o. o.): Stałej Obsługi Ekspozycji (wykaz usług)

2) Partnera 1 Konsorcjum (Artish Sp. z o. o.): Doraźnej Obsługi Ekspozycji (wykaz usług)

3) Partnera 2 Konsorcjum (Darania Sp. z o. o.): Stałej Obsługi Ekspozycji (wykaz usług)

Równocześnie Izba ustaliła, że jedynym podmiotem wchodzącym w skład Konsorcjum, który wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu jest lider Konsorcjum – Klavo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (usługa zrealizowana na rzecz Muzeum Sztuki i Techniki Japońskiej Manggha w Krakowie).

Izba ustaliła, że zgodnie z formularzem ofertowym w pkt 2 (str. 1 i 2) Konsorcjum wskazało:

Cena za całość zamówienia [lit. a) + lit. b)] za łączną kwotę netto: 701 061,05 zł plus należny podatek VAT w wysokości:

➢ 23 % za usługę Stałej Obsługi Ekspozycji oraz 7 687 godzin Doraźnej Obsługi Ekspozycji, tj. 115 211,87 zł,

➢ zwolniony zgodnie z wyjaśnieniem poniżej za 5099 godzin usługi Doraźnej Obsługi Ekspozycji, tj. 0,00 zł,

co daje kwotę brutto: 816 272,92 zł (słownie złotych brutto: osiemset szesnaście tysięcy dwieście siedemdziesiąt dwa złote 92/100) w tym:

a) cena netto: 255 939,84 zł plus należny podatek VAT w wysokości 23%, tj. 58 866,16 zł, co daje kwotę brutto: 314 806,00 zł (słownie złotych brutto: trzysta czternaście tysięcy osiemset sześć złotych) – za usługę Stałej Obsługi Ekspozycji na 3 stanowiskach jednocześnie, 8h na dobę przez 6 dni w tygodniu, wykonywaną w systemie 8h (za cały okres trwania usługi a nie za jeden miesiąc);

b) cena netto za maksymalną ilość 12786 osobogodzin usługi świadczenia Doraźnej Obsługi Ekspozycji wynosząca łącznie: do 5099 godzin – 199 982,78 zł netto plus należny podatek VAT w wysokości – zwolniony zgodnie z wyjaśnieniem poniżej, tj. 0,00 zł, oraz pozostałe 7 687 godzin – 245 138,43 zł netto plus należny podatek VAT w wysokości 23%, tj. 56 345,71zł,

co daje kwotę brutto: 501 466,92 zł (słownie złotych brutto: pięćset jeden tysięcy czterysta sześćdziesiąt sześć złotych 92/100)

[na co składa się cena jednostkowa netto za 1 (jedną) osobogodzinę świadczenia Usługi Doraźnej Obsługi Ekspozycji:

39,22 zł plus należny podatek VAT w wysokości zwolniony zgodnie z wyjaśnieniem poniżej, tj. 0,00 zł, co daje kwotę brutto: 39,22 zł (słownie złotych brutto: trzydzieści dziewięć złotych 22/100) X [razy] 5099 godzin osobogodzin

31,89 zł plus należny podatek VAT w wysokości 23%, tj. 7,33 zł, co daje kwotę brutto: 39,22 zł (słownie złotych brutto: trzydzieści dziewięć złotych 22/100) X [razy] 7 687 godzin osobogodzin]

WYJAŚNIENIA ZWOLNIENIA Z VAT

Oświadczamy, że obecnie jesteśmy zwolnieni z podatku od towarów i usług na podstawie art. 113 ust. 1 w zw. z ust. 9 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2025 r. poz. 775 z późn. zm.). Przewidujemy, że w toku realizacji umowy utracimy prawo do zwolnienia z podatku od towarów i usług, z uwagi na przekroczenie progu sprzedaży, o którym mowa w wyżej przywołanych przepisach. Po utracie statusu podatnika podmiotowo zwolnionego z podatku od towarów i usług, będziemy dokonywali rozliczeń zgodnie z obowiązującymi przepisami podatkowymi oraz w oparciu o stawkę 23% podatku VAT, zgodnie z dyspozycją art. 113 ust. 5 powołanej wyżej ustawy.

Z uwagi na powyższe, kwoty netto oraz VAT zostały podane szacunkowo, z uwzględnieniem przewidywanej możliwości

skorzystania ze zwolnienia z VAT w toku obowiązywania umowy. Kwoty te nie mogą być obecnie wskazane w sposób wiążący, ponieważ zależą one od całkowitej wysokości sprzedaży w danym roku podatkowym. Zaoferowana kwota brutto jest wiążąca i nie ulegnie zmianie w toku realizacji umowy.

W dniu 25 listopada 2025 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie podlegało uwzględnieniu w części.

W pierwszej kolejności Izba przytoczy treść przepisów stanowiących podstawę rozstrzygnięcia.

Zgodnie z art. 117 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, 3. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. 4. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b), 3, 5, 7, 10 ustawy Pzp:

1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę:

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,

3) jest niezgodna z przepisami ustawy;

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Jak stanowi art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zarzut niespełnienia warunku udziału w postępowaniu

Izba uznała, że zarzut nr 1 z *petitum* odwołania podlegał oddaleniu. Odwołujący podnosił, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum, w sytuacji gdy oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, zawierało wskazanie, że usługa Doraźnej Obsługi Ekspozycji zostanie wykonane przez Artish sp. z o.o., podczas gdy Artish sp. z o.o. nie wykazała spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej i zgodnie z treścią art. 117 ust. 3 ustawy Pzp nie może wykonywać usługi, do której niezbędne są zdolności określone w SWZ w rozdziale dot. warunków udziału w postępowaniu, a co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 117 ust. 3 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że w zakres usług będących przedmiotem zamówienia wchodzą dwa elementy, tj. stała usługa obsługi ekspozycji na stanowisku Opiekuna Ekspozycji oraz doraźne usługi obsługi ekspozycji na stanowisku Opiekuna Ekspozycji.

Dalej, należy przytoczyć pkt VI.4.1 SWZ, w którym zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia zawodowego poprzez wykazanie co najmniej jednej usługi odpowiadającej swoim rodzajem usługom, stanowiącym przedmiot zamówienia. Za usługę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością usługom

stanowiącym przedmiot zamówienia, uważa się usługę obsługi ekspozycji eksponatów przez opiekunów ekspozycji o wartości tej usługi minimum 100 000,00 zł brutto, realizowaną przez okres co najmniej 6 miesięcy.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że w SWZ próżno szukać warunków stawianych wykonawcom ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia w odniesieniu do każdego z elementów zamówienia osobno. W SWZ określono warunek dla całego przedmiotu zamówienia (usługa obsługi ekspozycji), bez odnoszenia się do każdego z elementów z osobna (czy to do stałej obsługi ekspozycji czy też do doraźnej obsługi ekspozycji). Jednocześnie, Zamawiający wskazał w pkt VI.6 SWZ, że uzna spełnienie warunku doświadczenia wykonawcy, jeżeli jeden z konsorcjantów spełni warunek samodzielnie.

Niemniej należy zauważyć, że Konsorcjum, w formularzu ofertowym wskazało, że usługę „Doraźnej Obsługi Ekspozycji" wykona Artish Sp. z o.o. (podmiot niewykazujący doświadczenia spełniającego wymogi SWZ). Natomiast podmiot wykazujący doświadczenie (Klavo Sp. z o.o.) został wyznaczony jedynie do realizacji „Stałej Obsługi Ekspozycji". Nie budzi zatem wątpliwości, w świetle powyższych dokumentów i oświadczeń, że wykonawca Artish Sp. z o.o, który w niniejszym postępowaniu nie legitymuje się doświadczeniem niezbędnym do realizacji zamówienia, wykona część zamówienia.

Oznacza to, że w zakresie „Doraźnej Obsługi Ekspozycji" (stanowiącej wyodrębniony element zamówienia - wyceniony odrębnie w formularzu ofertowym) zamówienie będzie realizowane przez podmiot, którego zdolności techniczne lub zawodowe nie zostały zweryfikowane i który nie przedstawił żadnego doświadczenia potwierdzającego warunek udziału w postępowaniu.

Reasumując, Konsorcjum wskazało do realizacji części zamówienia (doraźna obsługa ekspozycji) podmiot, który tego doświadczenia nie przedstawił (Artish Sp. z o.o.), zamiast podmiotu, na którego zasoby się powołuje (Klavo Sp. z o.o.).

Należy podkreślić, że celem wprowadzenia przez ustawodawcę art. 117 ust. 4 ustawy Pzp było umożliwienie weryfikacji zamawiającemu czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W przypadku zatem gdy Konsorcjum polega wyłącznie na doświadczeniu jednego z członków tj. Klavo Sp. z o.o., rzeczywista realizacja zakresu umowy (zgodnie z oświadczeniem zawartym w formularzu ofertowym w pkt 9), przez obu członków tego Konsorcjum doprowadzi w istocie do tego, że zamówienie będzie realizował podmiot, który nie posiada wymaganego doświadczenia.

Trafnie w tym zakresie Odwołujący przywołuje i cytuje wyroki Krajowej Izby Odwoławczej np. wyrok z dnia 18 września 2023 r., sygn. akt KIO 2591/23, w którym wskazano, że: „W kontekście wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu zasady dotyczące realności przekazania doświadczenia przez konsorcjanta są tożsame z zasadami wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego. W obu przypadkach chodzi o realne i rzeczywiste udostępnienie takich zasobów, o ochronę podmiotów publicznych przed fikcyjnym angażowaniem podmiotów na etapie ubiegania się o realizację zamówienia tylko w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu".

Z kolei w innym orzeczeniu, tj. w wyroku KIO z dnia 8 listopada 2021 r., sygn. akt 2945/21 wskazano, że „Celem oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, jest weryfikacja, czy zakres zamówienia co do którego należy się wykazać spełnieniem warunku udziału w postępowaniu będzie rzeczywiście wykonany przez członka konsorcjum, który wykazuje się spełnieniem tego warunku, analogicznie więc jak w przypadku złożenia oświadczenia przez podmiot trzeci, na zasoby którego wykonawca powołuje się w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu".

W kontekście treści oświadczenia złożonego przez Konsorcjum, warto w tym miejscu także przywołać tezy wyroku KIO z dnia 7 lipca 2022 r., wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 1602/22, zgodnie z którymi: „Wykonawca zbiorowy nie spełni warunku udziału w postępowaniu, choćby dysponował doświadczonym wykonawcą, jeśli ten wykonawca faktycznie nie wykona w tej części zamówienia. Tym samym ustawodawca ustanowił szczególne warunki ubiegania się o zamówienie dla wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, nie wystarczy tylko samo doświadczenie. ale musi być ukazane kto konkretnie będzie realizował zamówienie w części wymagającej doświadczenia. Jest to konsekwentne podejście ustawodawcy, który oczekuje, że podmiot doświadczony, a nie amator będzie wykonywał przedmiot zamówienia". „Nie jest wykluczone, że przy wykonywaniu danej części zamówienia wymagającej doświadczenia, podmiot niedoświadczony będzie wykonywał czynności przygotowawcze czy pomocnicze, nie zmienia to jednak faktu, że zasadnicze wykonanie musi opierać się na podmiocie doświadczonym i to on będzie ponosił odpowiedzialność za wykonanie danej części. Przepis art. 117 ust. 4 ustawy Pzp mówi o oświadczeniu, z

którego będzie wynikać, które usługi wykonają poszczególni wykonawcy, a więc nie wspólnie, ale każdy z nich".

Tym samym w okolicznościach tej sprawy, biorąc pod uwagę wykaz usług przedłożony przez Konsorcjum oraz oświadczenie z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, znajdujące się w pkt 9 formularza ofertowego, nie sposób jest podzielić oceny, że doszło do realnego udostępnienia zasobów. Skoro bowiem samo Konsorcjum złożyło oświadczenie, że część prac, tj. usługa stałej obsługi ekspozycji zostanie wykonana przez wykonawcę Klavo Sp. z o.o., który to legitymuje się niezbędnym doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego, z kolei część prac składających się na zakres zamówienia (usługa doraźnej obsługi ekspozycji) zostanie wykonana przez wykonawcę Artish Sp.z o.o., który stosownego doświadczenia nie przedstawił - nie sposób uznać, że planowany w taki sposób podział zadań pomiędzy konsorcjantów zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów. Innymi słowy Klavo Sp. z o.o., wykazujący spełnienie warunku udziału w tym postępowaniu nie zapewni, zgodnie z oświadczeniem złożonym w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp w pkt 9 formularza ofertowego, realnego udostępnienia swojego doświadczenia w ramach Konsorcjum, gdyż owo udostępnienie nastąpi jedynie w sposób wybiórczy, w zakresie części usług wchodzących w zakres tego postępowania, tj. w zakresie usługi stałej obsługi ekspozycji.

Zamawiający powinien dostrzec powyższe i skierować do Konsorcjum wezwanie do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów podmiotowych w taki sposób, aby te potwierdzały rzeczywiste spełnienie przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu. Izba nie podziela zapatrywania Odwołującego jakoby oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp stanowiło część oferty i nie mogło zostać uzupełnione. Pomimo tego, że sam status prawny takiego oświadczenia nie został jasno określony w przepisach ustawy, to jednak przyjąć należy, że oświadczenie takie jest podmiotowym środkiem dowodowym. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 4 lipca 2022 r., sygn. akt KIO 1560/22 „Niewątpliwie oświadczenie z art. 117 ust. 4 ustawy PZP ma charakter uzupełnialny.” Równocześnie Odwołujący w sposób nieuprawniony zakłada, że sanacja powyższego stanowiłaby niedopuszczalną zmianę treści oferty w zakresie ceny (z uwagi na różny statut podatkowy członków Konsorcjum), nie znając przecież w jaki sposób wykonawcy uzupełniliby lub wyjaśnili przedmiotowe oświadczenie.

Jednocześnie zauważenia wymaga, że żądanie odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp jest przedwczesne, Konsorcjum bowiem nie było wzywane do uzupełnienia dokumentów w powyższym zakresie na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Nie jest zatem dopuszczalne odrzucenie oferty bez uprzedniego umożliwienia wykonawcy przedstawienia prawidłowych dokumentów. Niemniej odwołanie nie zawiera w ogóle zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Jak już wskazano, przed odrzuceniem oferty Konsorcjum niezbędne byłoby zastosowanie wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów podmiotowych. Odwołujący nie stawiał jednak zarzutu zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy. Nie ma więc możliwości odrzucenia oferty wykonawcy przed uprzednim wezwaniem go do złożenia dokumentów, co gwarantuje temu wykonawcy ustawodawca. Tym samym zarzut zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów jest autonomicznym, odnoszącym się do określonych czynności Zamawiającego.

Równocześnie gdyby taki zarzut został postawiony, Izba nie nakazałaby Zamawiającemu skierowania do Konsorcjum wezwania w trybie art. 128 ust. 1 w związku z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, z uwagi na fakt że oferta Konsorcjum podlega odrzuceniu, o czym poniżej.

Zarzut czynu nieuczciwej konkurencji

Izba oddaliła zarzut nr 2 z *petitum* odwołania uznając go za niewykazany.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na wskazaniu przez Konsorcjum, że usługa Doraźnej Obsługi Ekspozycji zostanie wykonana przez Artish sp. z o.o., która nie posiada wymaganego w SWZ doświadczenia, wyłącznie w celu dokonania optymalizacji podatkowej i zaniżenia ceny brutto oraz w konsekwencji uzyskania przewagi nad wykonawcami działającymi zgodnie z prawem, które to działanie jest sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami kupieckimi oraz narusza interes Odwołującego, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Zgodnie z 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. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku, o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2026 r. poz. 85 ze zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interesy innego przedsiębiorcy lub klienta. Tym samym Odwołujący, stawiając przedmiotowy zarzut, winien udowodnić, iż kwestionowana oferta nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w szczególności winien udowodnić, że oferta jest sprzeczna z prawem lub dobrymi obyczajami

oraz narusza interes Odwołującego. Tymczasem Odwołujący, całą swoją merytoryczną część argumentacji kieruje na podział zadań w Konsorcjum w kontekście zwolnienia podatkowego członka Konsorcjum, podnosząc, że jedynym racjonalnym wytłumaczeniem powierzenia realizacji kluczowej części zamówienia (obsługi ekspozycji) podmiotowi bez doświadczenia (Artish Sp. z o.o.), a odsunięcie od niej podmiotu doświadczonego (Klavo Sp. z o.o.), jest chęć skorzystania ze zwolnienia z VAT przysługującego Artish Sp. z o.o. Zdaniem Odwołującego, gdyby Konsorcjum zastosowało się do art. 117 ust. 3 ustawy Pzp i przypisało realizację usług podmiotowi doświadczonemu (Klavo Sp. z o.o.), musiałoby doliczyć podatek VAT w stawce 23%, co uczyniłoby jego ofertę droższą od oferty Odwołującego.

Zgodnie z poglądem utrwalonym w doktrynie, sprzeczność z prawem należy rozumieć jako zachowania sprzeczne z nakazem zawartym w ustawie, wydanym na jej podstawie akcie wykonawczym, mającą bezpośrednie zastosowanie umową międzynarodową. Dobre obyczaje natomiast to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Nie każde jednak działanie przedsiębiorcy sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami będzie kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji, lecz tylko takie, które narusza lub zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta.

Oznacza to więc, że postawienie takiego zarzutu bezwzględnie wymagało od Odwołującego wykazania konkretnego, powoływanego przez Odwołującego naruszenia prawa, dobrych obyczajów oraz wykazanie zagrożenia jakie to naruszenie rodzi w interesie innego przedsiębiorcy, a tych to okoliczności Odwołujący nie wykazał. Odwołujący nie wywiódł z czym jest sprzeczne postępowanie Konsorcjum, nie wykazał, że zaoferowanie stawki zwolniony z VAT naruszyło dobre obyczaje kupieckie. Pojęcie „dobre obyczaje" jest, jak podkreślają komentatorzy, pojęciem nieostrym i dopiero w konkretnych sytuacjach można mu przypisać określone treści. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że dobre obyczaje nie są normami prawnymi, lecz normami postępowania, podobnie jak zasady współżycia społecznego (...) oraz ustalone zwyczaje(...) które powinny być przestrzegane zarówno przez osoby fizyczne jak i podmioty (jednostki organizacyjne) prowadzące działalność gospodarczą (Ewa Nowińska, Michał du Vall, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, 2010). Art. 3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowiąc klauzulę generalną wymaga od powołującego się na jej naruszenie szczególnego wykazania przesłanek umożliwiających dokonanie rzetelnej i prawidłowej oceny. Zarzut naruszenia uczciwej konkurencji, a w szczególności, zarzut budowany w oparciu o naruszenie klauzuli generalnej, powinien być stwierdzony dowodami i absolutnie nie może opierać się tylko i wyłącznie na hipotezach.

Oceniając powyższy zarzut Izba wzięła pod uwagę, że Odwołujący nie wykazał, aby powoływanie się na zwolnienie od podatku VAT było szerzej stosowaną przez Konsorcjum praktyką. Sam fakt, że w innym postępowaniu Konsorcjum również powołało się na to zwolnienie, nie uzasadnia tezy, że było to nieuprawnione. W ocenie Izby, przy rozpatrywaniu zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, należy brać pod uwagę stopień natężenia działań wykonawcy, w tym uczynienie z błędnego określania ceny oferty, szerszej praktyki szkodzącej innym przedsiębiorcom. Czynem nieuczciwej konkurencji jest bowiem zachowanie odpowiadające warunkom określonym w ww. przepisie, istotne z punktu widzenia konkurencji. Fakt jednorazowego działania wykonawcy, bez wykazania jego wpływu na zachowanie konkurencji, nie jest wystarczający do stwierdzenia czynu, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ww. ustawy. Dążenie do wyeliminowania innych przedsiębiorców stanowi element konieczny, aby stwierdzić, że mamy do czynienia z nieuczciwym postępowaniem. W ocenie Izby, Odwołujący nie udowodnił, aby ta przesłanka została spełniona w tym przypadku.

Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 8 ust. 1 ustawy Pzp (do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej) oraz przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego (ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne), należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 534 ust 1 ustawy Pzp.

Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru

dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incubit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza). To na Odwołującym, który twierdził, że Konsorcjum złożyło ofertę stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji spoczywał obowiązek wykazania naruszenia „dobrych obyczajów", oraz naruszenia interesów innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,) na które powoływał się Odwołujący poprzez wykazanie szkodzącej konkurencji praktyki wykonawcy. Dopiero wykazanie spełnienia tych przesłanek mogłoby prowadzić do ziszczenia się przesłanek z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Ponadto, rację należy przyznać Zamawiającemu, że sam fakt, że podmiot składający ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego korzysta ze zwolnienia podmiotowego z podatku VAT nie może świadczyć o jego nieuczciwych zamiarach. Argumentacja Odwołującego sprowadza się *de facto* do przyjęcia, że na zamawiającym ciąży obowiązek odrzucania *a limine* ofert wykonawców, którzy korzystają ze zwolnienia podmiotowego z podatku VAT, z czym nie sposób się zgodzić.

Dlatego też Izba powyższy zarzut oddaliła.

Zarzut niezgodności z przepisami ustawy

Odwołujący w treści uzasadnienia odwołania postawił również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, podnosząc że wskazanie przez Konsorcjum, że podane w formularzu ofertowym kwoty netto oraz VAT są szacunkowe i warunkowe, oznacza, że oferta Konsorcjum jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp i Kodeksu cywilnego.

Izba podzieliła zapatrywanie Odwołującego, że zastrzeżenie przez Konsorcjum o treści*kwoty netto oraz VAT zostały podane szacunkowo (...). Kwoty te nie mogą być obecnie wskazane w sposób wiążący (...)* dyskwalifikuje ofertę jako ważną w świetle przepisów prawa.

Skład orzekający doszedł do przekonania, że na podstawie ww. oświadczenia, oferta Konsorcjum winna zostać odrzucona stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy.

Przypomnieć należy, ze przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w trybie określonym w art. 275 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający udziela zamówienia w trybie podstawowym, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, a następnie zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę bez przeprowadzenia negocjacji.

W słowniku pojęć, zawartym w art. 7 ustawy Pzp, brak jest definicji oferty, zatem zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp należy odnieść się do definicji kodeksowej. Stosownie do art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2024 r. poz. 1061), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Mając na uwadze powyższe, pojęcie oferty musi być postrzegane przez pryzmat art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Na ofertę w rozumieniu art. 66 § 1 KC, zwaną ofertą *sensu stricto*, czyli odnoszącą się do postanowień przyszłej umowy, zwłaszcza ceny, opisu przedmiotu zamówienia i warunków jego wykonania, składają się standardowo formularze ofertowe, formularze cenowe, formularze opisujące parametry techniczne, kosztorysy oraz inne tego typu dokumenty stanowiące oświadczenie woli wykonawcy, kształtujące treść jego zobowiązania do określonego świadczenia.

Zatem, zgodnie z ww. przepisami, oferta jest oświadczeniem woli zawarcia umowy, które musi być stanowcze i precyzyjne. Elementy cenowe (w tym cena netto i stawka podatku VAT) są elementami przedmiotowo istotnymi (*essentialia negotii*) przyszłej umowy. Pojęcie *essentialia negotii* dotyczy bowiem wyłącznie istotnych elementów stosunku prawnego, które w odniesieniu do każdego rodzaju umowy nazwanej zostały określone w sposób odrębny w Kodeksie cywilnym i które nie mogą być wykładane w sposób rozszerzający, tj. modyfikowane dowolnie przez strony. To nie strony umowy decydują o istotnym charakterze danego rodzaju umowy, a decydują o nim właściwe danemu stosunkowi prawnemu przepisy prawa.

Należy podkreślić, że formularz oferty, zawierający ceny za realizację zamówienia ma zasadnicze znaczenie dla niniejszego postępowania, stanowiąc istotną treść oferty wykonawcy, stanowiącą *essentialia negoti* tej oferty, czyli cenę. To w oparciu o formularz ofertowy Zamawiający dowiaduje się, jaka będzie cena za wykonanie poszczególnych czynności w ramach zamówienia, które będzie zlecał na podstawie zawartej z wykonawcą umowy. Powyższa okoliczność przemawia za przyjęciem, że pkt 2 formularza ofertowego, który określa wysokość ceny i podstawy do

rozliczenia należnego wykonawcy wynagrodzenia, stanowi istotny element treści oferty składanej w toku postępowania.

Wskazanie przez Konsorcjum, że podane w formularzu ofertowym kwoty są jedynie „szacunkowe" i „nie są wiążące", oznacza, że wykonawca *de facto* nie złożył oferty pewnej, lecz jedynie wstępną kalkulację uzależnioną od przyszłych, niepewnych zdarzeń (wysokości sprzedaży w roku podatkowym). Taka konstrukcja jest niedopuszczalna na gruncie ustawy Pzp, gdzie cena w trybie podstawowym bez możliwości przeprowadzenia negocjacji musi być ustalona w sposób sztywny na moment otwarcia ofert. Zamawiający w SWZ wymagał od wykonawców podania konkretnych kwot netto, stawki VAT i kwoty brutto. Zgodzić należy się z Odwołującym, że Zamawiający nie dopuścił możliwości podawania kwot „szacunkowych" ani warunkowych.

Izba wskazuje, za wyrokiem KIO z dnia 2023 r., sygn. akt KIO 3411/22, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu - obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Dlatego też Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zarzut błędu w obliczeniu ceny

Izba uznała za zasadny zarzut nr 3 z *petitum* odwołania.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, mimo że zawiera ona błędy w obliczeniu ceny polegające na zastosowaniu niewłaściwej stawki podatku VAT (zwolnienie) dla części zamówienia, która to stawka zgodnie z przepisami prawa nie będzie miała zastosowania w niniejszej sprawie, ponieważ wartość tej części zamówienia w połączeniu z innymi czynnościami wykonawcy spowoduje przekroczenie limitu obrotów uprawniającego do zwolnienia podmiotowego w trakcie realizacji umowy, co Konsorcjum samo przyznało w treści oferty (Wykonawca wprost wskazał w ofercie, że podana stawka VAT ma charakter szacunkowy i przewiduje utratę prawa do zwolnienia), co skutkuje uznaniem, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny (przyjęcie błędnej stawki podatku), a błąd ten jest nieusuwalny, gdyż jego poprawienie prowadziłoby do niedopuszczalnej zmiany treści oferty, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

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 podatnika posiadającego siedzibę działalności gospodarczej na terytorium kraju, u którego wartość sprzedaży, z wyłączeniem podatku, nie przekroczyła w poprzednim ani bieżącym roku podatkowym kwoty 240 000 zł. Art. 113 ust. 5 ww. ustawy stanowi, że Jeżeli wartość sprzedaży zwolnionej od podatku na podstawie ust. 1 przekroczy kwotę, o której mowa w ust. 1, zwolnienie traci moc począwszy od czynności, którą przekroczono tę kwotę.

Izba ustaliła, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu, zgodnie z postanowieniami SWZ, mieli obowiązek podać cenę oferty w załączonym do SWZ formularzu oferty. Cenę oferty należało podać jako cenę netto, do której należy doliczyć podatek VAT w obowiązującej wysokości na dzień składania oferty, a po zsumowaniu podać cenę brutto. Wykonawca był winien podać w ofercie cenę za cały przedmiot zamówienia, w tym:

a) cenę za stałą usługę obsługi ekspozycji na 3 stanowiskach jednocześnie, 8h na dobę przez 6 dni w tygodniu, wykonywaną w systemie 8h (za cały okres trwania usługi a nie za jeden miesiąc),

b) cenę za usługę doraźną obsługi ekspozycji – cenę należy skalkulować dla maksymalnej ilości osobogodzin tj. 12786 osobogodzin).

W zakresie powyższego podziału wykonawcy mieli obowiązek podać wartości netto, wartości podatku VAT oraz wartości brutto, zarówno dla usługi obsługi ekspozycji stałej, jak i doraźnej, a suma tych wartości stanowiła cenę całkowitą oferty.

Z wyjaśnień wykonawcy (str. 2 formularza oferty) wynika, iż przewiduje on utratę zwolnienia w trakcie realizacji zamówienia, a po utracie statusu podatnika podmiotowo zwolnionego z podatku od towarów i usług, będzie dokonywał rozliczeń w oparciu o stawkę 23% podatku VAT. Dodatkowo Konsorcjum podnosiło, że kwoty netto oraz VAT zostały podane szacunkowo, z uwzględnieniem przewidywanej możliwości skorzystania ze zwolnienia z VAT w toku obowiązywania umowy. Konsorcjum stwierdzało także, że kwoty te nie mogą być obecnie wskazane w sposób wiążący, ponieważ zależą one od całkowitej wysokości sprzedaży w danym roku podatkowym.

Powyższe, w ocenie składu orzekającego, oznacza, że oferta Konsorcjum zawiera błąd w obliczeniu ceny. Wiedzę dotyczącą utraty dofinansowania posiadało wyłącznie Konsorcjum i to ono było zobligowane przygotować ofertę z uwzględnieniem kiedy według jego wiedzy nastąpi konieczność naliczenia podatku VAT, którą już w tym momencie wykonawca przewiduje. Biorąc pod uwagę, że już w momencie składania oferty wykonawca miał wiedzę (wynika to wprost to oświadczenia złożonego w formularzu ofertowym), że limit ten zostanie przekroczony w trakcie realizacji umowy, zobligowany był do skalkulowania ceny oferty z uwzględnieniem właściwej stawki podatku VAT dla odpowiedniego zakresu od konkretnego momentu, podając kwoty, które będą wiążące w trakcie trwania realizacji zamówienia, a nie szacunkowe.

Powyższej oceny nie zmienia fakt, że - jak stwierdził Zamawiający – stanowiąca przedmiot oceny ofert oraz wiążąca jest cena brutto. Wobec faktu, że Zamawiający wymagał podania w formularzu ofertowym również ceny za całość zamówienia brutto, która podlegała ocenie w ramach kryteriów oceny ofert (pkt XVII.1.1 SWZ), to przy uwzględnieniu tej właśnie wartości wykonawca powinien ocenić możliwość korzystania ze zwolnienia od podatku, bez względu na to, czy zakłada, że zamówienie zostanie wykonane w całym, czy też w niepełnym zakresie. Konsorcjum, zdaniem składu orzekającego, winno precyzyjnie wyjaśnić w jakim dokładnie momencie okoliczność utraty zwolnienia z VAT będzie miała miejsce. Dodatkowo wskazać należy, że wykonawca może uzyskiwać dochody także z innych źródeł, w tym z realizacji innych zamówień publicznych, które to dochody będą podlegać zsumowaniu z dochodami uzyskanymi z realizacji niniejszego zamówienia, co powoduje, że teza o możliwości skorzystania ze zwolnienia od podatku VAT w odniesieniu do 5099 godzin świadczenia usługi doraźnej obsługi ekspozycji wydaje się co najmniej wątpliwa.

Należy podkreślić, że jeżeli Zamawiający żąda od wykonawców podania w ofercie wartości netto, podatku VAT oraz wynagrodzenia brutto, to wykonawca nie może zaniechać podania tych informacji, twierdząc, że kwoty netto oraz VAT zostały podane szacunkowo i nie mogą obecnie być wskazane w sposób wiążący. Dopuszczenie takiej możliwości prowadziłoby do nieporównywalności ofert złożonych w postępowaniu (oferta wykonawcy, który prawidłowo określił udział podatku VAT w cenie oferty byłaby porównywana z ofertą wykonawcy, który takiego podatku w cenie nie uwzględnił, a będzie musiał go zapłacić, notabene nie wiadomo kiedy dokładnie), a także do utrudnienia oceny oferty pod kątem potencjalnej rażąco niskiej ceny.

Wobec powyższego należało stwierdzić, że oferta Przystępującego zawiera błąd w obliczeniu ceny. Błąd ten - w ocenie Izby - nie podlegał poprawieniu na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, przepis ten pozwala bowiem jedynie na poprawienie oczywistych omyłek rachunkowych, tj. omyłek polegających wyłącznie na błędnym przeprowadzeniu działań arytmetycznych, dostrzegalnych „na pierwszy rzut oka” i niepozostawiających żadnych wątpliwości co do prawidłowego wyniku działania arytmetycznego. Uwzględnienie w cenie oferty podatku VAT i jego wysokość wynika z okoliczności o charakterze merytorycznym i w żaden sposób nie może być uznana za oczywistą omyłkę rachunkową.

Cena ofertowa powinna być ustalona przez wykonawców w oparciu o opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego w sposób jednakowy dla wszystkich wykonawców. Możliwość porównania ofert przez Zamawiającego, zwłaszcza dzięki zastosowaniu przez wykonawców jednakowego sposobu obliczania ceny ofertowej, stanowi podstawę prawidłowej merytorycznej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W tym miejscu, należy zwrócić uwagę na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. (sygn. akt: III CZP 52/11), który wskazał, że o porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny, można zatem mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównywania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł. Ponadto, Sąd Najwyższy wskazał, iż określenie ceny z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek do stwierdzenia omyłki. W niniejszej sprawie brak jest podstaw do poprawienia oferty Konsorcjum, bowiem błąd w jego ofercie nie polega na przyjęciu niewłaściwej stawki podatku, ale na powołaniu się na zwolnienie, do którego uprawniają występujące indywidualnie po stronie wykonawcy okoliczności, jemu tylko znane, które nie wiadomo kiedy nastąpią. Dodatkowo wskazać należy, że powołanie się przez Konsorcjum na to zwolnienie trudno uznać za omyłkę, stanowisko wykonawcy, w tym złożone przez niego wyjaśnienia w formularzu ofertowym, świadczą bowiem o tym, że było to działanie świadome, a wykonawca liczył się z koniecznością powstania obowiązku zapłaty podatku od towarów i usług.

Wobec powyższego należało stwierdzić, że oferta Konsorcjum zawiera błąd w obliczeniu ceny i winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

W konsekwencji potwierdził się zarzut dokonania wyboru wykonawcy, którego oferta winna zostać odrzucona.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy

na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 5 ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych (pkt 2 lit. b). Jak stanowi § 7 ust. 5 ww. rozporządzenia, Izba może w uzasadnionych przypadkach odstąpić od rozdzielenia kosztów w sposób, o którym mowa w ust. 1 pkt 3 oraz w ust. 2-4, w szczególności jeżeli przemawia za tym rodzaj zarzutów uwzględnionych przez Izbę lub ich waga dla rozstrzygnięcia odwołania.

W świetle powyższych regulacji, mając na uwadze, że zakres uwzględnionych zarzutów odnosi skutek w postaci konieczności unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Konsorcjum, Izba obciążyła w całości kosztami postępowania Zamawiającego.

Przewodnicząca:……