

Sygn. akt KIO 1852/14

Sygn. akt KIO 1853/14

## WYROK

z dnia 23 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Lubomira Matczuk-Mazuś

**Członkowie:** Honorata Łopianowska

Jolanta Markowska

**Protokolant:** Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 września 2014 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 września 2014 r. przez wykonawców:

**1. Krajowa Instytucja Rozliczeniowa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Łyskowskiego 16, 71-641 Szczecin, 2. Operator Usług Publicznych (SC-A1 Limited) Spółka komandytowa, ul. Św. Elżbiety 4, 50-111 Wrocław**

- występujących w formie spółek cywilnych:

**A. Krajowa Instytucja Rozliczeniowa Sp. z o.o. SC Agent 105, ul. Łyskowskiego 16, 71-641 Szczecin,**

**B. Krajowa Instytucja Rozliczeniowa Sp. z o.o. SC Agent 106, ul. Łyskowskiego 16, 71-641 Szczecin,**

w postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego „PKP Intercity” Spółka Akcyjna, ul. Żelazna 59A, 00-848 Warszawa,

**orzeka:**

**1) oddala odwołania;**

2) kosztami postępowania obciąża wykonawców: 1. Krajowa Instytucja Rozliczeniowa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Łyskowskiego 16, 71-641 Szczecin, 2. Operator Usług Publicznych (SC-A1 Limited) Spółka komandytowa, ul. Św. Elżbiety 4, 50-111 Wrocław - występujących w formie spółek cywilnych: A. Krajowa Instytucja Rozliczeniowa Sp. z o.o. SC Agent 105, ul. Łyskowskiego 16, 71-641 Szczecin, B. Krajowa Instytucja Rozliczeniowa Sp. z o.o. SC Agent 106, ul. Łyskowskiego 16, 71-641 Szczecin i zalicza w poczet kosztów

postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tych wykonawców tytułem wpisów,

2.1 zasądza od wykonawców: 1. Krajowa Instytucja Rozliczeniowa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Łyskowskiego 16, 71-641 Szczecin, 2. Operator Usług Publicznych (SC-A1 Limited) Spółka komandytowa, ul. Św. Elżbiety 4, 50-111 Wrocław - występujących w formie spółek cywilnych: A. Krajowa instytucja rozliczeniowa Sp. z o.o. SC Agent 105, ul. Łyskowskiego 16, 71-641 Szczecin, B. Krajowa instytucja rozliczeniowa Sp. z o.o. SC Agent 106, ul. Łyskowskiego 16, 71-641 Szczecin, na rzecz zamawiającego „PKP Intercity” Spółka Akcyjna, ul. Żelazna 59A, 00-848 Warszawa kwotę **4 428 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta dwadzieścia osiem złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

**Sygn. akt KIO 1852/14**

**Sygn. akt KIO 1853/14**

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

Zamawiający - „PKP Intercity” Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego dwa odrębne postępowania o udzielenie zamówień publicznych według procedury właściwej dla zamówień, których wartość jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „Pzp” lub „ustawa”.

Przedmiotem zamówień jest: „Prowadzenie sprzedaży biletów kolejowych w kasach biletowych oraz udzielanie informacji na Dworcach PKP S.A. w Dębicy oraz Krakowie Płaszowie”; „Prowadzenie sprzedaży biletów kolejowych w kasach biletowych oraz udzielanie informacji na Dworcach PKP S.A. w Lęborku, Szczecinie Dąbju, Stargardzie Szczecińskim, Rybniku”.

**Wykonawcy** - 1. Krajowa Instytucja Rozliczeniowa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie, 2. Operator Usług Publicznych (SC-A1 Limited) Spółka komandytowa z siedzibą we Wrocławiu - występujący w formie spółek cywilnych: A. Krajowa Instytucja Rozliczeniowa Sp. z o.o. SC Agent 105 z siedzibą w Szczecinie, B. Krajowa Instytucja Rozliczeniowa Sp. z o.o. SC Agent 106 z siedzibą w Szczecinie, zwani „odwołującym” - wnieśli w dniu 8 września 2014 r. odwołania od czynności i zaniechania zamawiającego w częściach 2 przedmiotu zamówienia:

A. lokalizacja Kraków Płaszów - sygn. akt KIO 1852/14,

B. lokalizacja Szczecin Dąbie - sygn. akt KIO 1853/14.

**A.** W odwołaniu - sygn. akt KIO 1852/14 odwołujący zarzucił naruszenie przepisów Pzp: 1) art. 89 ust. 1 pkt 3 przez nieuprawnione odrzucenie oferty z uwagi na to, że zdaniem zamawiającego jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, 2) art. 89 ust. 1 pkt 6 przez przyjęcie przez zamawiającego, że w złożonej ofercie zaistniał błąd w obliczeniu ceny, co skutkowało jej odrzuceniem, 3) art. 7 ust. 1 przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o: 1) uwzględnienie odwołania, 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powrócenia oferty odwołującego do postępowania oraz wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał okoliczności faktyczne i prawne odwołania oraz dowody na ich poparcie.

Odwołanie dotyczy części nr 2 postępowania, oferta odwołujący jest w tej części zamówienia ofertą najkorzystniejszą, przy jedynym kryterium ustalonym przez zamawiającego - cena.

Odwołujący spełnia przesłanki określone w art. 179 ust. 1 Pzp (jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia i w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, może ponieść szkodę).

W uzasadnieniu zarzutów odwołujący podniósł, że złożył najtańszą ofertę z ceną brutto 221.700,00 zł oraz najniższą procentową stawką prowizji, a tym samym wartość ogólną netto oraz najniższą wartość brutto oferty. Kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia wynosiła 290.742,48 zł brutto. W ofercie odwołujący wskazał, że spółka cywilna nie jest płatnikiem podatku VAT, na podstawie art. 113 ustawy o podatku od towarów i usług. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego powołując się na dwie przesłanki: a) art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, tj. błąd w obliczeniu ceny (z uwagi na brak uwzględnienia w niej podatku od towarów i usług - VAT), b) art. 89 ust. 1 pkt 3 tej ustawy, tj. czyn nieuczciwej konkurencji.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 25 marca 2014 r. do złożenia wyjaśnień uzupełniających w zakresie nieuwzględnienia w ofercie kwoty podatku VAT, mimo mało precyzyjnej treści pisma, odwołujący wyjaśnił, że oferta zawiera prawidłowo obliczoną cenę. Wskazał, że oferta nie zawiera w cenie brutto wartości podatku VAT, gdyż spółka cywilna nie jest płatnikiem tego podatku. Korzysta ze zwolnienia określonego w art. 113 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług (zgodnie przepisem, zwalnia się od podatku sprzedaż dokonywaną przez podatników, u których wartość sprzedaży nie przekroczyła łącznie w poprzednim roku podatkowym kwoty 150 000 zł. Do wartości sprzedaży nie wlicza się kwoty podatku.) Wartość sprzedaży nie przekroczyła łącznie w poprzednim roku podatkowym kwoty 150 000 zł netto, spółka posiada do wykorzystania cały limit kwotowy zwolnienia podmiotowego przez cały okres realizacji umowy dwóch lat. Odwołujący skazał, że zarówno spółka cywilna, jak i jej wspólnicy nie posiadają statusu płatnika podatku VAT (z załączonego zaświadczenia Urzędu Skarbowego wynika potwierdzenie braku statusu płatnika podatku VAT spółki cywilnej).

Dodatkowo odwołujący podkreślił, że posiada indywidualną interpretację podatkową, potwierdzającą zasadność braku naliczenia podatku przy oferowaniu usług stanowiących przedmiot zamówienia. Dopiero od dnia uzyskania statusu płatnika podatku VAT (gdyby miało to nastąpić) spółka będzie zobowiązana naliczać podatek w obrocie, przy czym cena brutto umowy pozostaje niezmienna.

Zwrócił uwagę, że odrzucenie oferty stanowi naruszenie określonej w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zasady wyboru wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy.

Podniósł, że zamawiający nie ma prawa do określania, czy dany wykonawca jest podmiotem uprawnionym do nienaliczania podatku VAT od świadczonych usług, czy też nie. Wskazał, że zamawiający swym działaniem przekroczył posiadane uprawnienia. Czynność zamawiającego należało uznać jako niezgodną z przepisami prawa, decyzję o odrzuceniu oferty podjął mimo, że wykonawca wyczerpująco wyjaśnił, że nie jest płatnikiem podatku VAT. Tym samym nie mógł sporządzić oferty z naliczeniem podatku, gdyż nie posiada otwartego obowiązku podatkowego w tym zakresie.

Zamawiający także odrzucił ofertę ze względu na fakt, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w myśl przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu, zamawiający wskazał, że konstrukcja prawna odwołującego oraz sposób funkcjonowania w obrocie gospodarczym wspólników spółki cywilnej nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, powołał się na przepis art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwanej dalej „uznk”.

Zdaniem odwołującego, postępowanie zamawiającego jest rażącym naruszeniem i nadinterpretacją klasyfikacji udziału odwołującego w postępowaniu, jako stanowiącego czyn nieuczciwej konkurencji. Przepis ten stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez działanie mające na celu wymuszenie na zamawiającym wybór wykonawcy. Związek przyczynowo-skutkowy zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji musi być bezwarunkowo i w sposób niebudzący wątpliwości, obarczony celowym i świadomym działaniem jednego wykonawcy w celu ograniczenia możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przez innych wykonawców. Nie ma miejsca stosowanie jakichkolwiek przypuszczeń co do możliwości zaistnienia negatywnych skutków działania jednego podmiotu wobec innych podmiotów ubiegających się o zamówienie.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty zamawiający nie zawarł konkretnego argumentu na poparcie tezy, że ubieganie się odwołującego o udzielenie zamówienia publicznego wyczerpuje przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji z w art. 15 ust. 1 pkt 5 uznk. Zamawiający zawarł znacznie szerszą wykładnię pojęcia „złożenie oferty” jako cywilistycznego pojęcia oświadczenia woli. O ile zarówno z ustawy Pzp jak i z Kodeksu cywilnego wynika, że oferta jest oświadczeniem woli zmierzającym do zawarcia umowy o zamówienie publiczne, o tyle samo złożenie jest formą wyrażenia owego oświadczenia woli. Obowiązuje przy tym rozpatrywanie „złożenia oferty” jako stanu prawnego tylko dla

danego, sprecyzowanego i z góry określonego postępowania przetargowego. Zamawiający przyjął znacznie szerszą nieuprawnioną wykładnię pojęcia „złożenie oferty” i „oświadczenie woli”, jako całej konstrukcji prawnej wykonawcy i jego sposób funkcjonowania w szeroko pojętym obrocie gospodarczym. Przeprowadził wywód, że skoro wykonawca, jako współwłasność dwóch wspólników, władających jednocześnie kilkoma innymi podmiotami gospodarczymi może swoją działalność gospodarczą prowadzić pod jedną firmą (bez znaczenia o jakiej konstrukcji prawnej), to fakt posiadania kilku podmiotów gospodarczych o podobnym profilu działania oznacza, iż wykonawca wykorzystuje istniejące przepisy prawne w celu obejścia obowiązków podatkowych z tytułu prowadzonej działalności gospodarczej.

Zdaniem zamawiającego sposób funkcjonowania w obrocie gospodarczym w obszarze zamówień publicznych powoduje, że wykonawca staje się podmiotem uprzywilejowanym w stosunku do innych podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego przez brak obowiązku naliczenia stawki podatku VAT dla świadczonych usług, będzie miał przewagę cenową nad innymi podmiotami. Jest to, zdaniem odwołującego rażące naruszenie konstytucyjnie obowiązującej zasady swobody prowadzenia działalności gospodarczej, z której korzystać może każdy przedsiębiorca, bez jakiegokolwiek uprzywilejowania odwołującego. Zasada ta odnosi się zarówno do preferowanej przez osobę prowadzącą działalność gospodarczą formy jej prowadzenia, przedmiotu działalności oraz liczby posiadanych podmiotów gospodarczych.

Zamawiający wcielił się w ocenie oferty odwołującego oraz jego oceny podmiotowej w rolę niejako regulatora rynku, wskazując np. że wykonawcy nie jest potrzebne do wykonywania podobnych czynności prowadzenie kilku działalności gospodarczych, co jest błędne, choćby ze względu na sposób i przejrzystość prowadzonych rozliczeń z pracownikami oraz szereg innych uwarunkowań ważnych dla prawidłowego prowadzenia działalności.

Użyta w argumentacji zamawiającego tzw. klauzula antyabuzydowa odnosi się nie do przedmiotowej sytuacji, a bardziej do tzw. praktyk optymalizacji podatkowej. Zamawiający nie wykazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty, że konstrukcja prawna odwołującego oraz fakt, iż nie jest on płatnikiem podatku VAT negatywnie wpłynęły na możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przez pozostałych uczestników postępowania przetargowego, których nawet wartość oferty netto była wyższa od odwołującego. Fakt, że odwołujący zaoferował najniższą cenę spośród wszystkich uczestników postępowania przetargowego nie przesądza, iż stało się to w wyniku tego, że odwołujący nie jest płatnikiem podatku VAT. Różnice między poszczególnymi ofertami nie są na tyle znaczne aby twierdzić, że fakt niewliczenia podatku VAT w koszt realizacji zamówienia był decydującym czynnikiem dającym odwołującemu pozycję uprzywilejowaną. Podkreślił również, że właściwy organ

podatkowy uprawniony jest do kontroli wybieranych przez podmioty sposobów opodatkowania czy też korzystania z przywilejów podatkowych. Wybór formy prowadzenia działalności należy do przedsiębiorców nadzorowanych przez właściwe instytucje. Rejestrują one podmioty w we właściwych rejestrach i jako jedyne wydają się być uprawnione do uznawania dopuszczalności korzystania ze zwolnień podatkowych przez przedsiębiorców lub zawiązywanych przez nich struktur gospodarczych.

Dodatkowo odwołujący wskazał na zgodność swoich twierdzeń ze stanowiskiem Ministerstwa Finansów, które zostało przedstawione w posiadanej interpretacji indywidualnej. Składanie ofert przez przedsiębiorców zwolnionych z podatku VAT na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów prawa, jest często spotykane na rynku zamówień publicznych i w żadnym przypadku nie zostało uznane jako czyn nieuczciwej konkurencji, skoro każdy z nich ma taki sam dostęp do ustawowych uprawnień i przywilejów podatkowych, co w postępowaniu nie miało wpływu na hierarchię ofert, zarówno oceniając je według cen netto jak i brutto.

W wyniku błędnie podjętych czynności, zamawiający dokonał również niewłaściwego wyboru oferty najkorzystniejszej, co było następstwem nieuprawnionego odrzucenia oferty odwołującego. Wobec powyższego, odwołanie okazało się konieczne i jest zasadne.

**B. W odwołaniu - sygn. akt KIO 1853/14 odwołujący zarzucił naruszenie przepisów Pzp:**

1) art. 89 ust. 1 pkt 3 przez nieuprawnione odrzucenie oferty z uwagi na to, że zdaniem zamawiającego jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, 2) art. 89 ust. 1 pkt 6 przez przyjęcie przez zamawiającego, że w złożonej ofercie zaistniał błąd w obliczeniu ceny, co skutkowało jej odrzuceniem, 3) art. 7 ust. 1 przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, 4) art. 93 ust. 1 pkt 1 przez przyjęcie, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, w przypadku, gdy oferta złożona przez odwołującego, jako jedyna w tym postępowaniu, podlegała wybraniu do realizacji zamówienia będąc najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o: 1) uwzględnienie odwołania, 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, przywrócenia oferty odwołującego do postępowania oraz wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Przedstawił okoliczności faktyczne i prawne odwołania oraz dowody na ich poparcie tożsame z podanymi w sprawie sygn. akt KIO 1852/13.

Wskazał cenę brutto swojej oferty w części 2 zamówienia - 243.150,00 zł, kwotę przeznaczoną przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, podaną bezpośrednio

przed otwarciem ofert - 274.831,20 zł brutto oraz, że oferta odwołującego była jedyną ofertą w tej części zamówienia.

**Zamawiający** w odpowiedzi na odwołania wniósł o:

- 1) oddalenie w całości odwołań;
- 2) zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego zgodnie z obowiązującymi przepisami i przedłożoną na rozprawie fakturą VAT.

W uzasadnieniu, zamawiający podkreślił na wstępie, że z uwagi na fakt takiego samego stanu faktycznego, tożsamy podstaw odrzucenia ofert oraz analogiczną treść odwołań złożonych w obu postępowaniach przez tych samych współników prowadzących działalność w formie spółek cywilnych, celem niepowielania tożsamego stanowiska, zasadnym było ujęcie odpowiedzi na oba odwołania w ramach jednego pisma. Z tych też względów uzasadnienie przedstawione w odpowiedzi na odwołanie odnosi się zarówno do odwołania 1 jak i odwołania 2.

*Izba wskazuje, że wg. uzasadnienia odpowiedzi na odwołanie, odwołanie 1 - to sprawa oznaczona sygn. akt KIO 1853/14 (lokalizacje: Szczecin Dąbie - część 2, Stargard Szczeciński - część 3; odwołanie 2 - to sprawa oznaczona sygn. akt KIO 1852/14 (lokalizacja: Kraków Płaszów - część 2).*

Zamawiający podkreślił, że odrzucenie oferty odwołującego było powodowane nieprawidłowościami w jej treści wynikającymi z nadużywania przepisów prawa podatkowego, w tym stosowania sztucznych struktur podatkowych (dla potrzeb wzięcia udziału w postępowaniu, uzyskania efektu najkorzystniejszej oferty celem wyboru do realizacji zamówienia), bez racjonalnego uzasadnienia biznesowego. Takie działanie odwołującego spowodowało, że zamawiający nie mógł uznać, że parametry wskazane przez odwołującego w ofercie są prawidłowe, tylko ustalił oraz ocenił warunki tej oferty, przy założeniu pominięcia konsekwencji zastosowania sztucznych struktur podatkowych.

I. Zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 6 Pzp przez błędne przyjęcie przez zamawiającego, że w złożonej ofercie zaistniał błąd w obliczeniu ceny, co skutkowało jej odrzuceniem, w ocenie zamawiającego winien zostać oddalony.

W oparciu o obiektywne kryteria oceny (przepisy podatkowe, orzecznictwo sądowe) należało uznać, że oferta odwołującego zawiera błąd co do ceny poprzez nieuprawnione zastosowanie zwolnienia z VAT.

W pierwszej kolejności, zamawiający wbrew twierdzeniom odwołania 1, sprostował, że



wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie nieuwzględnienia w ofercie odwołującego kwoty podatku VAT. Zrobił to w ramach postępowania objętego odwołaniem 2 (dowód w aktach sprawy), a złożone wyjaśnienia dokładnie przeanalizował. Wobec tożsamości osób wspólników działających łącznie, takich samych przedmiotów przetargu, ich stanu faktycznego oraz zastosowanych przez odwołującego „rozwiązań”, powielenie takiego wezwania w równoległym prowadzonym postępowaniu, którego dotyczy odwołanie 1, uznał za niecelowe.

Niezależnie od faktu uzyskania wyjaśnień, zdaniem zamawiającego, i tak ocena dopuszczalności skorzystania ze zwolnienia z podatku VAT następuje, jak wywiedziono w uzasadnieniu, na gruncie przepisów prawa jak i obowiązującego orzecznictwa i nie jest zależna od obowiązkowych wyjaśnień odwołującego.

Zgodnie z oświadczeniem odwołującego *„Oferta nie zawiera w cenie brutto wartości podatku VAT, gdyż spółka cywilna nie jest płatnikiem tego podatku”*. W ocenie odwołującego, taka sytuacja wynika z faktu, że odwołujący (spółka cywilna) korzysta ze zwolnienia podmiotowego z podatku, wskazanego w art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tj. Dz. U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 ze zm.), zwanej dalej *„ustawą o VAT”*.

Zamawiający podkreślił, że w toku badania i oceny ofert, celem dochowania należytej staranności wobec powziętych przez niego wątpliwości co do oferty odwołującego, skorzystał dodatkowo z doradztwa zewnętrznego podmiotu, tj. spółki Crido Taxand sp. z o.o. W wyniku dokładnej analizy dokumentacji przetargowej, w tym w szczególności oferty odwołującego, została wydana opinia z dnia 27.06.2014 r., potwierdzająca stanowisko zamawiającego (załącznik nr 1 do odpowiedzi na odwołanie).

W rezultacie przeprowadzonej weryfikacji, zamawiający uznał, że odwołujący nie spełnia warunków do uznania go za podatnika VAT w rozumieniu art. 15 ustawy o VAT, a przez to nie może korzystać ze zwolnienia podmiotowego z opodatkowania (określonego w art. 113 ust. 1 ustawy o VAT). W ocenie zamawiającego (popartej opiniami doradców oraz orzecznictwem sądowym), odwołującego nie można uznać za podmiot spełniający definicję podatnika VAT ze względu na brak samodzielności w prowadzeniu działalności gospodarczej, w tym brak ponoszenia ekonomicznego ryzyka prowadzenia tej działalności. W konsekwencji odwołujący nie jest uprawniony do oferowania ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia nieuwzględniającej podatku VAT.

Wbrew opinii odwołującego, zamawiający może, a nawet musi ocenić, czy oferta odwołującego jest zgodna z przepisami podatkowymi, gdyż ma to kluczowe znaczenie dla potrzeb określenia ceny i wartości danego zamówienia. Naczelnym obowiązkiem

zamawiającego jest stosowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a przedmiotem oceny i porównania złożonych ofert - zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.) w związku z art. 2 pkt 1 ustawy - jest cena brutto.

Stosowanie błędnych stawek podatku przez oferentów (czy też powołania się na zwolnienie z VAT) w sposób oczywisty wpływa na oferty oraz ich wartość, dlatego zamawiający musi ten zakres oceniać i weryfikować. Jeśli dana oferta nie jest w sposób obiektywny zgodna z przepisami podatkowymi i zachodzi uzasadniona wątpliwość co do prawidłowości zastosowania przepisów podatkowych (a ma to jak ww. wpływ na badaną cenę brutto), to zamawiający ma obowiązek daną ofertę odrzucić (tak było w przypadku odwołującego).

Opierając się na dokumentacji przetargowej, zamawiający mógł uznać, że postępowanie i oferta odwołującego odnośnie stosowania zwolnienia z VAT są nieprawidłowe, gdyż oferta odwołującego złożona dla potrzeb realizacji danego zadania objętego przedmiotem odwołania, jak również pozostałe oferty odwołującego złożone dla potrzeb innych przetargów (czy innych zadań w ramach tego samego postępowania przetargowego), jednoznacznie wskazuje na brak samodzielności odwołującego (spółki cywilnej) w prowadzeniu działalności gospodarczej. Skoro wspólnicy spółki cywilnej (tej oraz innych spółek powoływanych dla potrzeb brania udziału w odrębnych postępowaniach przetargowych) sami decydują o czynnościach spółki, dodatkowo dedykując do realizacji zadań tej spółki te same zasoby, które dedykują również dla innych spółek cywilnych, to można z wysokim prawdopodobieństwem założyć, że spółka cywilna (*nie*) działa samodzielnie na rynku i nie podejmuje żadnego ryzyka gospodarczego. Skoro więc taka spółka cywilna nie jest samodzielną, to nie ma podstawowego przymiotu podatnika VAT, a więc takim podatnikiem nie jest. Jeśli spółka cywilna nie jest podatnikiem VAT, to nie ma prawa do stosowania podmiotowego zwolnienia z VAT (które *nota bene* jest przewidziane dla drobnych przedsiębiorców).

Nawet gdyby uznać, że takie zwolnienie przysługuje wspólnikom spółki cywilnej (na co wskazuje odwołujący), to należy uwzględnić, iż ci wspólnicy startują w wielu przetargach dla potrzeb zadań przetargowych, których wartość przekracza pułap przewidziany dla drobnych przedsiębiorców (tj. 150 tys. zł).

W samym przetargu dotyczącym odwołania 1 - ci sami wspólnicy złożyli ofertę na 2 zadanie nr 2 objęte przedmiotem odwołania, działając jako Krajowa Instytucja Rozliczeniowa sp. z o.o. s.c Agent 106, ale także na zadanie nr 3 jako Krajowa Instytucja Rozliczeniowa sp. z o.o. s.c. Agent 101.

W równoległe prowadzonym przez zamawiającego przetargu objętym przedmiotem

odwołania nr 2 również ci sami wspólnicy złożyli ofertę jako Krajowa Instytucja Rozliczeniowa sp. z o.o. s.c. Agent 105.

Dodatkowo, jak wynika z powszechnie dostępnych źródeł, wspólnicy ci złożyli również ofertę w prowadzonym przez „Przewozy Regionalne” Sp. z o.o. Opolski Zakład Przewozów Regionalnych postępowaniu na agencyjną sprzedaż biletów kolejowych na stacji Brzeg, Kędzierzyn-Koźle, Lewin Brzeski (tam zapadł wyrok sygn. akt KIO/UZP 1686/13) oraz przez „Przewozy Regionalne” Sp. z o.o. na sprzedaż biletów kolejowych oraz udzielanie informacji na stacji Kostrzyn n/Odrą (wyrok sygn. akt KIO/UZP 274/13).

Automatycznie więc, skoro wspólnicy zamierzają osiągać obrót powyżej tego pułapu (a tak należy zakładać uwzględniając liczbę postępowań, w których zgłosili się wspólnicy), to nie mogliby korzystać ze zwolnienia podmiotowego z VAT dla drobnych przedsiębiorców (zwolnienia przedmiotowe również nie znajdują zastosowania w sprawie).

Na powyższą konkluzję nie ma również wpływu fakt, że zgodnie z informacją przekazaną przez odwołującego, posiada on interpretację podatkową uprawniającą do stosowania zwolnienia z VAT. Po pierwsze, odwołujący takiej interpretacji nie przedstawił (a więc zamawiający nie miał możliwości jej ocenić; zamawiający wyraża nadzieję, że fakt nie załączenia tej interpretacji do odwołania, nie jest to „chytra taktyka” zmierzająca do złożenia interpretacji dopiero w toku rozprawy, celem ograniczenia czasu potrzebnego do ustosunkowania się do niej). Po drugie, sam fakt uzyskania interpretacji podatkowej nie oznacza, że jest ona wiążąca. Interpretacja podatkowa ma znaczenie i może być bezpiecznie stosowana tylko jeśli została wydana w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego. W interpretacji podatkowej nie rozstrzyga się o istnieniu racjonalnej ekonomiki danej struktury oraz o samodzielności prowadzenia działalności gospodarczej (a tych w przypadku odwołującego brak), tylko o sposobie rozumienia pewnych przepisów podatkowych.

W efekcie więc, mając świadomość powyższych argumentów, a dodatkowo posiłkując się opiniami renomowanych doradców podatkowych, zamawiający uznał, że odwołujący nie ma możliwości stosowania zwolnienia z VAT, a więc w sposób nieprawidłowy przedstawił oferowaną cenę za realizację zadania. Dlatego też ofertę złożoną przez odwołującego należy uznać za ofertę zawierającą błąd w obliczeniu ceny, a czynność zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 6 Pzp za prawidłową. Za błąd w obliczeniu ceny należy uznać zastosowanie nieprawidłowej stawki VAT, w tym pomimo istnienia obowiązku ustawowego, jej nie wskazanie w ofercie składanej w danym postępowaniu przetargowym. Tak też np. wyrok KIO UZP z 24.03.2009 r., KIO/UZP 282/09, wyrok KIO/UZP z 1.04.2010 r., KIO/UZP 329/10. Zamawiający podkreślił także, że brak uwzględnienia w ofercie odwołującego stawki VAT nie może zostać uznane za oczywistą

omyłkę rachunkową, a to oznacza, że nie można jej poprawić w trybie art. 87 ust. 2 Pzp. Stanowisko takie potwierdza także m.in. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 53/11. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego: „(...) *Oferta zawierająca niezgodną z obowiązującymi przepisami stawkę podatku VAT, wpływającego na wysokość ceny brutto, niewątpliwie zaburza proces porównywania cen i musi być kwalifikowana jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny (...)*”.

II. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez nieuprawnione odrzucenie oferty z uwagi na to, że zdaniem zamawiającego jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, w ocenie zamawiającego również nie znajduje uzasadnienia.

W ocenie zamawiającego złożenie oferty przez odwołującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Przez stosowanie sztucznych struktur prawnych (bez uzasadnienia biznesowego) dla osiągnięcia konkretnych korzyści podatkowych, odwołujący działał w celu ograniczenia dostępu innych podmiotów do rynku.

W tym zakresie, wbrew opinii odwołującego, dokonując oceny ofert zamawiający musi brać pod uwagę szereg czynników, również czynniki podatkowe, w tym klauzulę nadużycia prawa (obowiązującą w polskim ustawodawstwie oraz ukształtowaną na gruncie wynikającą z orzecznictwa sądowego). Jeśli dana oferta, w świetle obiektywnych kryteriów opiera się na nieracjonalnych założeniach biznesowych i prowadzi do osiągnięcia konkretnych skutków podatkowych (których nie osiągają inni oferenci niestosujący danych struktur), to zamawiający musi taką ofertę odrzucić. Te działania stanowiące nadużycie prawa podatkowego, stanowią również naruszenie uczciwej konkurencji.

Nie ulega wątpliwości, że sytuacja w której odwołujący dla potrzeb kilku zadań w ramach jednego przetargu powołuje kilka spółek cywilnych (wyposażonych te same zasoby) i przypisuje je do poszczególnych zadań (których wartość dziwnym trafem każdorazowo nie przekracza progu 150 tys. zł uprawniającego do stosowania zwolnienia z VAT dla drobnych przedsiębiorców), jest nieracjonalna biznesowo i namierzona na konkretny cel. Takie działanie odwołującego nie ma wpływu ani na zakres odpowiedzialności, ani na alokację aktywów, ani na uproszczenie administrowania procesami. Takie działanie ma tylko jeden cel - stosowanie podmiotowego zwolnienia z VAT przez każdą ze spółek cywilnych do momentu całkowitej realizacji zadania (na kolejny przetarg do tego samego zadania zapewne zostanie powołana nowa spółka cywilna).

Jeśli więc odwołujący (obiektywnie) działa nieracjonalnie tylko po to by osiągnąć zwolnienie z VAT, podczas gdy inne podmioty na rynku tego nie robią (bo to sprzeciwia się zasadzie uczciwego prowadzenia przedsiębiorstw), to działanie odwołującego należy ocenić jako nakierowane na osiągnięcie konkretnych korzyści, kosztem konkurencji. W świetle

powyższego, zamawiający jest zobowiązany do odrzucania w ramach prowadzonych postępowań przetargowych ofert, z których wynika, że zostały przygotowane z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i mają na celu ograniczenie dostępu do rynku innym podmiotom (przez stosowanie nieuczciwych praktyk). Inaczej nie traktowałby w sposób równy wszystkich oferentów (tj. akceptowałby zachowania, które w ocenie rynku oraz Ministerstwa Finansów są nieakceptowane i powinny być penalizowane - nadchodzące zmiany do Ordynacji podatkowej).

W ocenie zamawiającego, przygotowując ofertę odwołujący zakładał działanie w strukturze noszącej znamiona obejścia (nadużycia) prawa podatkowego celem korzystania ze zwolnienia z opodatkowania VAT dostępnego dla drobnych przedsiębiorców. W efekcie, wykorzystując sztuczne struktury prawne, odwołujący przedstawił ofertę zawierającą znacząco niższą cenę (niższą o kwotę należnego podatku VAT) przez to naruszył zasady uczciwej konkurencji. Tak też wyrok S.O. w Warszawie z dnia 13 czerwca 2003 roku (sygn. V Ca 222/03), w którym Sąd wyraził pogląd, że *„uznanie za prawidłową cenę z błędnie podaną stawką podatku VAT naruszałoby interesy innych Wykonawców, biorących udział w postępowaniu i jako sprzeczne z prawem stanowiłoby czyn nieuczciwej konkurencji i mogłoby prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne.”* Ceną porównywalną przez zamawiającego jest cena brutto, a jej wysokość, przy zastosowaniu jedyne kryterium w postaci ceny, determinuje wybór najkorzystniejszej oferty.

Przy ocenie zachowania wykonawcy, nie ma znaczenia, że ostatecznie w postępowaniu wpłynęła tylko 1 oferta czy więcej, albowiem o tym fakcie wykonawca mógł się dowiedzieć dopiero po złożeniu oferty.

Zamawiający podkreślił, że jest świadomy, że nie ma „ogólnej reguły” do oceny kiedy ma do czynienia z nieuczciwą konkurencją. Rozstrzygające znaczenie ma tu kontekst sytuacyjny, w jakim dane działanie ma miejsce (wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 09.07.2007 r., sygn. akt IX Gc 19/07; tak też Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 25.06.2009 r., IX Gc 228/06). Zamawiający podkreślił, że dokonując oceny działania wykonawcy w kontekście nieuczciwej konkurencji, to stan faktyczny, przesądza o kwalifikacji czynu wykonawcy.

Zamawiający, nie mógł dokonać innej oceny, działania tych samych dwóch wspólników (Krajowa Instytucja Rozliczeniowa sp. z o.o. oraz Operator Usług Publicznych (S.C.-A1 Limited), którzy złożyli zamawiającemu w tym samym czasie równoległe 3 oferty działając w ramach 3 różnych spółek cywilnych, tj.

1) w tym samym przetargu na prowadzenie sprzedaży biletów kolejowych w kasach biletowych oraz udzielanie informacji na dworcach PKP S.A. w: Lęborku, Szczecinie

Dąbiu, Stargardzie Szczecińskim oraz Rybniku, złożyli 2 oferty, jako:

- 1) Krajowa Instytucja Rozliczeniowa sp. z o.o. s.c. Agent 106 w zadaniu nr 2 (dot. Dworca PKP S.A. w Szczecinie Dąbiu), którego dotyczy odwołanie nr 1,
- 2) Krajowa Instytucja Rozliczeniowa sp. z o.o. s.c. Agent 101 w zadaniu nr 3 dot. Dworca PKP S.A. w Stargardzie Szczecińskim) - na odrzucenie oferty w tym zadaniu wspólnicy nie wnieśli odwołań.

2) w równoległym prowadzonym przetargu na prowadzenie sprzedaży biletów kolejowych w kasach biletowych oraz udzielanie informacji na dworcach PKP S.A. w Dębicy oraz Krakowie Płaszowie, jako: Krajowa Instytucja Rozliczeniowa sp. z o.o. s.c., którego dotyczy odwołanie 2 (zad.2).

Na koniec, wobec podanej w treści informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, podstawy odrzucenia oferty, tj. art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zamawiający jedynie z ostrożności, choć nie powinno budzić to wątpliwości, podkreślił i wyjaśnił, że powołanie się na ww. art. 15 ustawy oczywiście nie zawęży i nie niweczy, mającej również zastosowanie w niniejszym stanie faktycznym, ogólnej zasady, o której mowa w art. 3 ust. 1 tej ustawy. Zamawiający też zauważył, że zarówno w literaturze przedmiotu jak i orzecznictwie w sposób jednolity wskazuje się, że art. 3 u.z.n.k. może stanowić samodzielną podstawę prawną. Ziszczenie się przesłanek zawartych w przywołanym art. 3 ust.1 ustawy jest również wystarczającym uzasadnieniem odrzucenia oferty, gdyż przepis ten może być samodzielną podstawą do określenia czynu nieuczciwej konkurencji (np. wyrok Sądu Najwyższego z 22.10.2007 r., sygn. akt III CKN 271/01; wyrok Sądu Najwyższego z 09.01.2008 r., sygn. akt II CSK 363/07).

Przepis art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi, że *„czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności poprzez działanie mające na celu wymuszenie na zamawiającym wybór wykonawcy.”*

Zgodnie zaś z przepisem art. 3 ust.1 ustawy *„czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.”*

Odnosząc powołaną wyżej zasadę ogólną art. 3 ust. 1 tej ustawy, do niniejszego stanu faktycznego (i uwzględniając art. 15 ust. 1 pkt 5), zamawiający wskazał, że znajduje ona potwierdzenie, bowiem:

- 1) działanie sprzeczne z prawem polegało na tym, że odwołujący zakładał działanie w strukturze noszącej znamiona obejścia (nadużycia) prawa podatkowego celem korzystania ze zwolnienia z opodatkowania VAT dostępnego dla drobnych przedsiębiorców;

- 2) w efekcie, wykorzystując sztuczne struktury prawne, odwołujący przedstawiał w ofercie cenę nie powiększoną o podatek VAT, a to właśnie cena brutto (z uwzględnieniem VAT) była podstawą oceny ofert;
- 3) to działanie wykonawcy bez wątplenia zostało wymierzone właśnie w innych przedsiębiorców, aby utrudnić im dostęp do rynku kolejowych zamówień publicznych.
- Tym samym za cel miało wymuszenie na zamawiającemu wyboru oferty wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, zamawiający podkreślił, że jak wskazał Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 28.06.2007 r. (sygn. akt V ACa 371/07), wystarczające jest samo podjęcie działań, które zgodnie z doświadczeniem życiowym, zasadami prowadzenia obrotu gospodarczego i prawidłowościami rynkowymi, chociażby potencjalnie zdolne są do zakłóceń w dostępie do rynku.

Oczywistym jest, zdaniem zamawiającego, że czyn nieuczciwej konkurencji należy ocenić w aspekcie sposobu złożenia i celów jakim taka oferta składana w przetargu miała służyć.

Zakazy wynikające z przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji mają na celu zapobieganie posługiwaniu się przez podmioty gospodarcze nieuczciwymi metodami, które pozwoliłyby im osiągnąć lepszą pozycję na rynku (tak wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2001 r., IV CKN 255/00).

Sąd Najwyższy także potwierdził w wyroku z dnia 1.12.2004 r. (sygn. akt III CK 15/05), że *„dla zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji nie jest konieczne istnienie zamiaru dokonania czynu o takim charakterze. Wystarczy bezprawność działania, aby uznać, że przedsiębiorca dopuszcza się czynu nieuczciwej konkurencji. Nie jest konieczne wykazanie jego winy”*. Zamawiający wskazał, że jak potwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9.08.2006 r. (sygn. akt III SK 6/06), ustaleń czy doszło do praktyk ograniczających konkurencję dokonywać można, na podstawie domniemań faktycznych.

W niniejszej sprawie zamawiający wykazał powyżej okoliczności faktyczne, które przesądzają o kwalifikacji czynu odwołującego jako czynu nieuczciwej konkurencji.

III. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp przez przyjęcie, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, w przypadku, gdy oferta złożona przez odwołującego, jako jedyna w tym postępowaniu, podlegała wybraniu do realizacji zamówienia będąc najkorzystniejszą, jest niezasadny.

Zdaniem zamawiającego, w związku z zaistnieniem przesłanek do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 3 Pzp oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, zarzut naruszenia art. 7 ust.1 Pzp nie znajduje uzasadnienia. Wobec powyższego zamawiający postąpił prawidłowo unieważniając zamówienie (w części dot. odwołania nr 1),

bowiem w jej zakresie nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa prawnego, zgodnie w wnioskiem zawartym na wstępie pisma.

Zamawiający załączył opinię R. N. - doradcy podatkowego - Crido Taxand Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zamieszczoną również w dokumentacji postępowania zamawiającego przekazanej Prezesowi KIO w związku z wniesionymi odwołaniami.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Ogłoszenia o zamówieniach zostały opublikowane w Dziennikach Urzędowych Unii Europejskiej:

- A. W dniu 21.01.2014 r., nr 2014/S 014-021590 - przedmiot zamówienia „Prowadzenie sprzedaży biletów kolejowych w kasach biletowych oraz udzielanie informacji na Dworcach PKP S.A. w Dębicy oraz Krakowie Płaszowie”, został podzielony na 2 części wg. lokalizacji: Dębica - część 1, Kraków Płaszów - część 2.
- B. W dniu 12.02.2014 r., nr 2014/S 030-049087 - przedmiot zamówienia „Prowadzenie sprzedaży biletów kolejowych w kasach biletowych oraz udzielanie informacji na Dworcach PKP S.A. w Lęborku, Szczecinie Dąbiu, Stargardzie Szczecińskim, Rybniku”, został podzielony na 4 części wg. lokalizacji: Lębork - część 1, Szczecin Dąbie - część 2, Stargard Szczeciński - część 3, Rybnik - część 4.

Odwołujący - [Krajowa Instytucja Rozliczeniowa Sp. z o.o. i Operator Usług Publicznych (SC-A1 Limited) Sp.k.], występujący we wskazanych postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych w formie spółek cywilnych: A. Krajowa Instytucja Rozliczeniowa Sp. z o.o. SC Agent 105, B. Krajowa Instytucja Rozliczeniowa Sp. z o.o. SC Agent 106) - złożył w postępowaniu oznaczonym A na część 2 przedmiotu zamówienia (lokalizacja Kraków Płaszów); w postępowaniu oznaczonym B na części 2 i 3 przedmiotu zamówienia (lokalizacje: Szczecin Dąbie - część 2, Stargard Szczeciński - część 3)

- odrębne oferty dla każdej lokalizacji, ze wskazaniem każdorazowo nazwy spółki cywilnej różniącej się oznaczeniem „Agent (...)”. Odwołujący stosował oznaczenia dla lokalizacji Kraków Płaszów „Agent 105”, Szczecin Dąbie „Agent 106”, Stargard Szczeciński „Agent 101”.

W postępowaniu dla lokalizacji Kraków Płaszów (część 2 przedmiotu zamówienia) zostały



złożone trzy oferty z cenami: 284.499,00 zł brutto (oferta wybrana); 290 403,00 zł brutto druga oferta; oferta odwołującego - 221 700,00 zł brutto, z informacją w formularzu ofertowym w wierszu dotyczącym podatku VAT - „nie dotyczy” i w dalszej części formularza oświadczeniem „(...)”, że spółka cywilna nie jest płatnikiem podatku VAT, na podstawie art. 113 ustawy o podatku od towarów i usług. Spółka nie jest również płatnikiem innych świadczeń, w tym składek na ZUS.”

Kwota przeznaczona na sfinansowanie tej części zamówienia, podana przez zamawiającego bezpośrednio przed otwarciem ofert, wynosiła 319 816,73 zł brutto.

W drugim postępowaniu, dla lokalizacji Szczecin Dąbie (część 2 przedmiotu zamówienia) została złożona oferta wyłącznie przez odwołującego (z innym oznaczeniem spółki cywilnej) z ceną 243 150 zł brutto, z informacją jak wyżej - w formularzu ofertowym w wierszu dotyczącym podatku VAT - „nie dotyczy” i w dalszej części formularza oświadczeniem „(...)”, że spółka cywilna nie jest płatnikiem podatku VAT, na podstawie art. 113 ustawy o podatku od towarów i usług. Spółka nie jest również płatnikiem innych świadczeń, w tym składek na ZUS.”

Kwota przeznaczona na sfinansowanie tej części zamówienia, podana przez zamawiającego bezpośrednio przed otwarciem ofert, wynosiła 302 314,32 zł brutto.

Dla lokalizacji Stargard Szczeciński (część 3 przedmiotu zamówienia w drugim postępowaniu) odwołujący złożył ofertę jako jedyny wykonawca z ceną 141 090,00 zł brutto.

Kwota przeznaczona na sfinansowanie w tej części 3 zamówienia, podana przez zamawiającego bezpośrednio przed otwarciem ofert, wynosiła 134 563,97 zł brutto. Postępowanie zostało unieważnione, nie wniesiono środków ochrony prawnej.

W wezwaniu z dnia 26.03.2014 r. do złożenia wyjaśnień w przedmiocie treści oferty, zamawiający wskazał odnośnie lokalizacji w Krakowie Płaszowie „na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy (...) wzywa do wyjaśnienia szczegółowej podstawy zastosowania przy wyliczeniu ceny oferty art. 113 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług tj. wskazania konkretnego ustępu tegoż artykułu oraz dokładnej przyczyny jego zastosowania. Zamawiający zaleca, aby wykonawca w przypadku gdy posiada dokumenty uzasadniające zwolnienie z art. 113 ustawy od towarów i usług Zamawiający ich przedłożenia.”

Pismem z dnia 28 marca 2014 r. odwołujący wyjaśnił: „(...) że oferta zawiera prawidłowo obliczoną cenę. Oferta nie zawiera w cenie brutto wartości podatku VAT, gdyż spółka cywilna nie jest płatnikiem tego podatku. Korzysta ze zwolnienia określonego w art. 113 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług. Zgodnie z tą podstawą prawną zwalnia się od podatku

*sprzedaż dokonywaną przez podatników, u których wartość sprzedaży nie przekroczyła łącznie w poprzednim roku podatkowym kwoty 150 000 zł. Do wartości sprzedaży nie wlicza się kwoty podatku. W spółce cywilnej, na rzecz której złożono ofertę wartość sprzedaży nie przekroczyła łącznie w poprzednim roku podatkowym kwoty 150 000 zł netto.*

*Jest to ustawowa przesłanka zwolnienia z podatku VAT, z której Wykonawcy prawidłowo korzystają. Nie istnieją w tym zakresie żadne dokumenty i zaświadczenia, gdyż przepisy zarówno podatkowe jak i regulujące udzielenie zamówień publicznych nie przewidują możliwości uzyskania, możliwości żądania przedkładania i obowiązku załączania dowodów potwierdzających taki stan rzeczy.*

*Spółka cywilna posiada do wykorzystania cały limit kwotowy zwolnienia podmiotowego przez cały okres realizacji umowy z Zamawiającym. Usługa będzie świadczona na przełomie dwóch lat podatkowych, co oznacza, że przy ocenie czy limit ten jest wystarczający do rozliczeń z Zamawiającym przy tak skalkulowanej cenie należy brać pod uwagę cały limit dla roku 2014 oraz dodatkowo, dla roku 2015. W tym indywidualnym przypadku rozliczenia z Zamawiającym nie mogą przekroczyć kwoty 300.000 zł netto, a wartość oferty jest niższa. W przypadku przekroczenia tej kwoty, co nie będzie miało miejsca, następuje udział podatku VAT w wartości rozliczeń, przy niezmiennej cenie brutto (wartości zgodnej z ofertą i umową). Cena netto i brutto oferty podmiotu zwolnionego z podatku VAT jest zawsze jednakowa. Biorąc pod uwagę powyższe potwierdzamy, że oferta zawiera prawidłową cenę. Została złożona w ramach spółki niebędącej płatnikiem podatku VAT, których wspólnicy także nie są płatnikami tego podatku.”*

Zamawiający wezwał odwołującego pismem z dnia 17.04.2014 r. do złożenia wyjaśnień odnośnie statusu wykonawców, wskazując: „Uwzględniając, że oferty składane w przetargu publicznym muszą być jednoznaczne w swej treści i nie mogą budzić żadnych wątpliwości Zamawiającego ani innych Wykonawców składających oferty w danym postępowaniu”, odnośnie lokalizacji w Krakowie Płaszowie „na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wzywa do złożenia wyjaśnień treści dokumentów złożonych wraz z ofertą oraz oświadczeń wskazanych w formularzu oferty w niżej wymienionym zakresie:

- 1. Zamawiający uwzględniając literalną treść informacji zawartych w Formularzu Oferty, żąda wyjaśnień i sprecyzowania jaki podmiot (podmioty) złożyły ofertę w przetargu, w szczególności czy jest to spółka cywilna czy konsorcjum czy jeszcze inne podmioty.*
- 2. Zamawiający wzywa również do złożenie wyjaśnień co do wskazywanych informacji odnośnie prowadzonej spółki cywilnej pod nazwą Krajowa Instytucja Rozliczeniowa sp. z o.o. s.c. Agent 105, bowiem z załączonych do oferty odpisów Krajowego Rejestru Sądowego (Dział I Rubryka 1 pkt 5) spółki Krajowa Instytucja Rozliczeniowa sp. z o.o. oraz Operator*

*Usług Publicznych (SC-A1 Limited) sp.k., tj. obu podmiotów wskazywanych w pełnomocnictwie jako "wspólników spółki cywilnej" widnieje zapis potwierdzający wprost, iż "przedsiębiorca nie prowadzi działalności gospodarczej z innymi podmiotami na podstawie umowy spółki cywilnej".*

*Z pozostałych dokumentów złożonych wraz z ofertą również nie wynika żadna informacja, która potwierdzałaby, że oba podmioty rzeczywiście prowadzą działalność w tej formie. Zamawiający zaleca do składanych wyjaśnień dołączenie dokumentów je uzasadniających.*

*3. Wraz z ofertą złożono oświadczenie, że spółka cywilna nie jest płatnikiem składek ZUS (tak formularz oferty). Dodatkowo złożono zaświadczenia z ZUS obu spółek k.h. Krajowej Instytucji Rozliczeniowej sp. z o.o. oraz Operatora Usług Publicznych (S.C.-A1 Limited), że oba te podmioty nie figurują w rejestrze płatników składek ZUS.*

*Jednocześnie złożono wraz z ofertą wymagany wykaz osób, którymi dysponuje Wykonawca podając, że są to „zasoby własne”. Zamawiający wnosi o wyjaśnienie powyższych rozbieżności.”*

*Odwołujący złożył wyjaśnienia (pismo z dnia 17 kwietnia 2014 r.*

*„W zakresie pytania 1 wyjaśniamy, że ofertę złożyła spółka cywilna pod nazwą: Krajowa Instytucja Rozliczeniowa sp. z o.o. s.c. Agent 105, ul. Łyskowskiego 16, 71 641 Szczecin REGON 146685281, zgodnie z treścią formularza ofertowego.*

*Wspólnikami ww. spółki cywilnej są:*

*a. Krajowa Instytucja Rozliczeniowa sp. z o.o. REGON 146366854, reprezentowana jednoosobowo przez M. P., oraz*

*b. Operator Usług Publicznych (SC-A1 Limited) sp.k. REGON 022132109, reprezentowana jednoosobowo przez Ł. L. .*

*Spółkę cywilną reprezentują wspólnicy, a zatem w tym przypadku są to osoby reprezentujące spółki prawa handlowego (podmioty wskazane w pkt a oraz b).*

*Spółka cywilna, podobnie jak konsorcjum, nie posiada osobowości prawnej, a w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego za Wykonawców uważa się jej wspólników, wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wspólnicy ci ustalili, że w postępowaniu i przy zawarciu umowy będzie reprezentować ich Krajowa Instytucja Rozliczeniowa sp. z o.o., zgodnie art. 23 ust. 2 Pzp.*

*W zakresie punktu 2 pisma Zamawiającego, wyjaśnia się, że zapis w dziale 1, rub. 3, pkt 5 odpisu z KRS pełni funkcję informacyjną i bez względu na jego treść nie powoduje to posiadania lub braku posiadania uprawnień do zawierania spółki cywilnej czy wstępowania do takiej spółki. Zapis ten nie ma dla Zamawiającego właściwie żadnego znaczenia. Podmiot wpisany do Rejestru jest odpowiedzialny za jego treść, nad czym*

*kontrolę sprawują odpowiednie instytucje. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem, Zamawiający nie jest uprawniony do przekraczania swoich uprawnień przy ocenie i badaniu oferty. Mimo stwierdzonego stanu faktycznego (zapisów w KRS), odpowiedni Naczelnik Urzędu Skarbowego oraz Główny Urząd Statystyczny nadały spółce cywilnej właściwe identyfikatory, dysponując odpisami z KRS. Z samej wartości pola „TAK”, która sugerowałaby przystąpienie do spółki cywilnej, Zamawiający i tak nie mógłby wywnioskować, że chodzi o spółkę, na rzecz której złożono ofertę do postępowania. Zawarcie umowy spółki cywilnej nie jest uzależnione od zgody sądu rejestrowego na dokonanie takiej czynności.*

*Wykonawca dołącza do niniejszych wyjaśnień: zaświadczenie o nadaniu numeru REGON, umowę spółki cywilnej, dla potwierdzenia istnienia spółki cywilnej.*

*W zakresie punktu 3 wezwania wyjaśnia się, że wskazanie w wykazie osób informacji o zasobach własnych wymienionych tam osób, nie jest jednoznaczne z tym, że osoby te są zatrudnione na podstawie umowy, z których wynikałby obowiązek zgłoszeniowy do ZUS oraz konieczność odprowadzania składek na ZUS od tychże umów. Powołanie na zasoby własne nie oznacza zatrudnienia np. na podstawie umowy o pracę. Wskazać należy, że zasobami własnymi jest także dysponowanie potencjałem kadrowym, który posiada zawartą z Wykonawcą umowę cywilnoprawną np. o dzieło, a który od dnia rozpoczęcia realizacji usługi będzie skierowany do jej realizacji na podstawie innej już umowy. Wykaz osób złożono dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia. Nie ma miejsca zatem żadna rozbieżność.”*

Zamawiający odrzucił oferty odwołującego w częściach 2 obu postępowań (lokalizacja Kraków Płaszów i Szczecin Dąbie) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i pkt 6 Pzp, przy czym w postępowaniu dotyczącym lokalizacji Szczecin Dąbie, z uwagi na niezłożenie żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, dodatkowo unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp (zawiadomienia z dnia 29.08.2014 r.). Odrzucił też ofertę w części 3 zamówienia (lokalizacja Stargard Szczeciński - nie wniesiono odwołania).

W zawiadomieniu dotyczącym postępowania na prowadzenie sprzedaży biletów kolejowych w kasach biletowych oraz udzielanie informacji na dworcach PKP S.A. w Dębicy oraz Krakowie Płaszowie, zamawiający wskazał: „Oferta nr 3 złożona przez Krajową Instytucję Rozliczeniową sp. z o.o. s.c. Agent 105, ul. Łyskowskiego 16, 71-641 Szczecin zostaje odrzucona.”

W zawiadomieniu dotyczącym postępowania na prowadzenie sprzedaży biletów kolejowych w kasach biletowych oraz udzielanie informacji na dworcach PKP S.A. w Lęborku, Szczecinie Dąbiu, Stargardzie Szczecińskim, Rybniku, zamawiający wskazał: „Oferty w zakresie części 2 i 3 złożone przez: Krajowa Instytucja Rozliczeniowa spółka z o.o., Operator Usług Publicznych

*(SC-A1 LIMITED) spółka komandytowa, działających wspólnie jako wspólnicy spółki cywilnej pod nazwą Krajowa Instytucja Rozliczeniowa spółka z o.o. s.c. Agent 106 (dot. części nr 2) lub Krajowa Instytucja Rozliczeniowa spółka z o.o. s.c. Agent 101 (dot. części nr 3) zostają odrzucone.”*

*Dodatkowo w tym uzasadnieniu zamawiający wskazał: „Niezależnie od powyższego postępowanie w zakresie części 3 podlega unieważnieniu z uwagi na fakt, że oferta złożona przez Krajową Instytucję Rozliczeniową spółka z o.o. s.c. Agent 101 - wartość brutto oferty - 141.090,00 zł przewyższa kwotę jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia tj. 134 563,97 zł brutto.*

*W zakresie części 4 nie została złożona żadna oferta.”*

*W uzasadnieniu prawnym dotyczącym tego postępowania wskazał:*

*„W przedmiotowym postępowaniu:*

*1) w zakresie części 1 i 2 nie została złożona żadna oferta, nie podlegająca odrzuceniu.*

*W związku z powyższym zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od Wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu.*

*3) w zakresie części 3 nie została złożona żadna oferta, nie podlegająca odrzuceniu. Dodatkowo złożona oferta, przewyższa wartość jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.*

*W związku z powyższym zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od Wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu.”*

*Uzasadnienia odrzucenia ofert były tożsame w obu postępowaniach:*

*„Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (...) Zamawiający odrzuca ofertę w przypadku zaistnienia wobec niej przesłanek określonych w ustawie (...) PZP. Jednocześnie, jak stanowi art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, natomiast zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera błędy w obliczeniu ceny. W ocenie Zamawiającego wskazane powyżej przesłanki zostały spełnione w odniesieniu do oferty złożonej przez Krajową Instytucję Rozliczeniową sp. z o.o. S.C. Agent 105 (dalej: Wykonawca), w rezultacie więc Zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu przetargowym.*

*Błąd w obliczeniu ceny.*

*Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 Ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny. Za błąd przy obliczeniu ceny należy uznać zastosowanie nieprawidłowej stawki VAT przy składaniu oferty w danym postępowaniu przetargowym. Stanowisko takie potwierdził m.in. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 53/11. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego: „(...) Oferta zawierająca niezgodną z obowiązującymi przepisami stawką podatku VAT, wpływającego na wysokość ceny brutto, niewątpliwie zaburza proces porównywania cen i musi być kwalifikowana jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny (...).”*

*W ofercie przedstawionej przez Wykonawcę, Wykonawca zaproponował cenę niezawierającą VAT wskazując, iż będzie korzystać ze zwolnienia podmiotowego z podatku wskazanego w art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (...) dalej: ustawa o VAT). W ocenie Zamawiającego, zastosowanie przez Wykonawcę podmiotowego zwolnienia z VAT jest nieuprawnione, gdyż Wykonawca nie spełnia warunków do uznania go za podatnika VAT w rozumieniu art. 15 ust. 1 i 2 ustawy o VAT, a przez to nie może korzystać ze zwolnienia z opodatkowania. W konsekwencji, skoro Wykonawca nie może z tego zwolnienia skorzystać, złożenie oferty cenowej niezawierającej kwoty podatku spowodowało, iż oferta ta zawierała błędy, co jest podstawą do jej odrzucenia przez Zamawiającego.*

*W świetle art. 15 ust. 1 ustawy o VAT, podatnikami są osoby prawne, jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej oraz osoby fizyczne, wykonujące samodzielnie działalność gospodarczą, bez względu na cel lub rezultat takiej działalności. Jednocześnie, jak stanowi art. 15 ust. 2 ustawy o VAT, działalność gospodarcza obejmuje wszelką działalność producentów, handlowców lub usługodawców, w tym podmiotów pozyskujących zasoby naturalne oraz rolników, a także działalność osób wykonujących wolne zawody. Natomiast w świetle art. 113 ust. 1 ustawy o VAT, zwolnienie podmiotowe dla drobnych przedsiębiorców może być stosowane tylko przez podmioty uznawane za podatników VAT.*

*W przedmiotowej sytuacji Wykonawcy nie można uznać za podmiot spełniający definicję podatnika VAT ze względu na brak samodzielności w prowadzeniu działalności gospodarczej, w tym brak ponoszenia ekonomicznego ryzyka prowadzenia tej działalności.*

*Zgodnie z ofertą złożoną przez Wykonawcę (a także innymi ofertami złożonymi przez spółki cywilne reprezentowane przez wspólników Wykonawcy w analogicznych postępowaniach przetargowych), wszelkie decyzje zarządcze oraz decyzje dotyczące realizacji zamówienia będą podejmowane przez wspólników. Wspólnicy też będą ponosić wszelkie ryzyka związane z działalnością Wykonawcy i będą reprezentować Wykonawcę w relacji z Zamawiającym.*

*Co więcej, zgodnie z innymi ofertami złożonymi przez spółki cywilne reprezentowane przez wspólników Wykonawcy w analogicznych postępowaniach przetargowych, Wykonawca oraz te pozostałe spółki cywilne korzystają z dokładnie takich samych zasobów ludzkich i materialnych dla celów realizacji poszczególnych zamówień (co wskazuje, iż są to zasoby wspólników, a nie spółek cywilnych).*

*W świetle powyższego/brak jest podstaw aby uznać Wykonawcę za podmiot samodzielnie prowadzący działalność gospodarczą, a przez to za podmiot spełniający definicję podatnika VAT (w rozumieniu art. 15 ust. 1 i 2 ustawy o VAT). Za takiego podatnika można raczej uznać wspólników Wykonawcy, którzy rzeczywiście podejmują decyzje dotyczące działalności gospodarczej oraz ponoszą ryzyka z tym związane. Nie ulega natomiast wątpliwości, iż wspólnicy Wykonawcy nie mogliby zostać uznani za drobnych przedsiębiorców uprawnionych do stosowania zwolnienia z VAT na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy o VAT (choćby ze względu na udział w kilku postępowaniach przetargowych u Zamawiającego i innych podmiotów z branży kolejowej i zakładany roczny obrót w związku z realizacją przedmiotu zamówień przewyższający 150 tys. zł).*

*W rezultacie, Wykonawca nie jest uprawniony do stosowania zwolnienia z VAT i oferowania ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia nieuwzględniającej podatku. Dlatego też ofertę złożoną przez Wykonawcę należy uznać za ofertę zawierającą błąd w obliczeniu ceny, a przez to za ofertę podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP.*

*Czyn nieuczciwej konkurencji.*

*Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jednocześnie jak stanowi art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (...) czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności poprzez działanie mające na celu wymuszenie na Zamawiającym wybór Wykonawcy. Dodatkowo należy wskazać na art. 7 ust. 1 PZP, który nakazuje Zamawiającemu przeprowadzać postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie Wykonawców.*

*Dla potrzeb przedmiotowego postępowania przetargowego oraz innych postępowań, w tym prowadzonych przez Zamawiającego, wspólnicy Wykonawcy powołali wiele spółek cywilnych dla potrzeb realizacji poszczególnych zamówień (zakres przedmiotowy zamówień jest analogiczny). W każdym przypadku, poszczególne spółki cywilne dysponują takimi zasobami technicznymi i ludzkimi (adres, osoby dedykowane do wykonania zamówienia), wykonują takie same czynności na rzecz Zamawiającego (tylko w nieco*

*innych lokalizacjach), a pomimo to chcą być traktowane jako odrębni podatnicy VAT korzystający ze zwolnienia podmiotowego z opodatkowania. Brak jest ekonomicznego uzasadnienia dla wykonywania tych zadań przez odrębne podmioty prawne, które i tak są w pełni uzależnione od wspólników i przez nich zarządzane. Nie ma biznesowej potrzeby powoływać odrębnych spółek cywilnych dla realizacji tych samych zadań przy wykorzystaniu tych samych zasobów, gdyż i tak wszystkie ryzyka prawne i ekonomiczne spoczywają na wspólnikach tych spółek. W rezultacie, struktury wykorzystywane przez wspólników Wykonawcy noszą znamiona struktur tworzonych celem obejścia (nadużycia) prawa podatkowego i nieuprawnionego korzystania ze zwolnienia z VAT przewidzianego dla drobnych przedsiębiorców (zwolnienie miało na celu uproszczenie zasad opodatkowania w odniesieniu do podatników wykonujących na własne ryzyko czynności opodatkowane w ograniczonym zakresie, a nie dla grup kapitałowych wykonujących te same czynności z wykorzystaniem struktur prawnych nie „transferujących” ryzyka na wykonawców).*

*Zgodnie z orzecznictwem TSUE oraz stanowiskiem polskiego Ministerstwa Finansów (wyrażonym m.in. w projekcie zmian w prawie mających na celu doprecyzowanie tzw. klauzuli antyabuzywnej), obejście prawa występuje, kiedy podatnik wykorzystuje określone konstrukcje prawne w sposób sztuczny (bez uzasadnienia ekonomicznego), dla osiągnięcia konkretnych (preferencyjnych) skutków podatkowych. Zidentyfikowane obejście prawa powinno mieć ten skutek, iż konsekwencje danej transakcji, czy operacji należy określać, tak jakby sztuczna konstrukcja prawna nie została wprowadzona. Pomimo, iż aktualnie klauzula obejścia prawa jest w polskim prawodawstwie obecna w ograniczonym stopniu, to jednak jej stosowanie wymusza m.in. orzecznictwo TSUE (tj. klauzulę należy stosować z uwzględnieniem orzecznictwa TSUE).*

*Przykładowo w wyroku TSUE w sprawie C-255/02 (Halifax), wskazano, iż klauzula ta powinna mieć zastosowanie w zakresie VAT, nawet jeżeli krajowe ustawodawstwo nie zawiera precyzyjnych wskazówek co do jej rozumienia. Zgodnie ze stanowiskiem TSUE, skuteczne powoływanie się na brzmienie danego przepisu prawa wyłącznie celem uzyskania korzyści sprzecznych z celem danego przepisu nie powinno mieć miejsca. Stosowanie przepisów prawa podatkowego powinno być ograniczone wyłącznie do tych przypadków, kiedy ma to racjonalne uzasadnienie biznesowe (ekonomiczne) oraz nie jest sprzeczne z celem poszczególnych przepisów podatkowych. W przypadku stwierdzenia obejścia (nadużycia) prawa podatkowego dla danej transakcji należy określić takie konsekwencje podatkowe, jakie wystąpiłyby gdyby do takiego nadużycia nie doszło.*

*W świetle przywołanej definicji klauzuli antyabuzywnej (ukształtowanej na gruncie orzecznictwa TSUE), dla stwierdzenia obejścia (nadużycia) prawa konieczne jest: aby*



*transakcji czy zdarzeń, które spełniają formalne przesłanki przewidziane w przepisach podatkowych skutkowały uzyskaniem korzyści podatkowej, której przyznanie byłoby sprzeczne z celem tych przepisów, oraz - aby z ogółu obiektywnych okoliczności wynikało, że zasadniczym celem tych transakcji czy zdarzeń jest uzyskanie korzyści podatkowej.*

*W świetle powyższego, Zamawiający jest zobowiązany do odrzucania w ramach prowadzonych postępowań przetargowych ofert, które w ocenie Zamawiającego zostały przygotowane z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i mają na celu ograniczenie dostępu do rynku innym podmiotom (poprzez stosowanie nieuczciwych praktyk). W ocenie Zamawiającego, przygotowując ofertę Wykonawca zakładał działanie w strukturze noszącej znamiona obejścia (nadużycia) prawa podatkowego celem korzystania ze zwolnienia z opodatkowania VAT dostępnego dla drobnych przedsiębiorców. W efekcie, wykorzystując sztuczne struktury prawne, Wykonawca przedstawił ofertę zawierającą cenę znacząco niższą niż oferty innych podmiotów, a przez to naruszył zasady uczciwej konkurencji (wykorzystanie sztucznych struktur prawnych stawia Wykonawcę w pozycji znacznie korzystniejszej niż pozostałych).*

*Takie podejście Wykonawcy jest niedopuszczalne na gruncie prawa podatkowego oraz prawa konkurencji, a finalnie skutkuje koniecznością odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP, jako oferty ograniczającej dostęp do rynku dla innych podmiotów.”*

Pismem również z dnia 29.08.2014 r. zamawiający odrębnie poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na prowadzenie sprzedaży biletów kolejowych w kasach biletowych oraz udzielanie informacji na Dworcach PKP S.A. w Łęborku, Szczecinie Dąbie, Stargardzie Szczecińskim, Rybniku.

### **Izba zważyła.**

Odwołujący wykazał spełnianie przesłanki materialnoprawnej uzasadniającej wniesienie odwołań, w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą uczestniczącym w postępowaniach, złożył oferty potwierdzając tym interes w uzyskaniu danych zamówień i mógłby ponieść szkodę w wyniku czynności czy zaniechania zamawiającego, naruszających przepisy Pzp.

W wyniku oceny materiału dowodowego przedstawionego na rozprawie, dotyczącego zarzutu odrzucenia oferty odwołującego w postępowaniu dla lokalizacji Kraków Płaszów oraz odrzucenia oferty i unieważnienia postępowania dla lokalizacji Szczecin Dąbie (zakres rozpoznania zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp), Izba oddaliła odwołania wobec nie wykazania

przez odwołującego okoliczności, o których stanowi przepis art. 192 ust. 2 Pzp - naruszenia przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

1. Błąd w obliczeniu ceny oferty.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny. Przepis nie precyzuje pojęcia błędu w obliczeniu ceny, w przeciwieństwie do określonych w art. 87 ust. 2 Pzp omyłek, których poprawienie jest obowiązkiem zamawiającego.

W orzecznictwie wskazano m.in., że przez błąd w obliczeniu ceny, o którym stanowi przepis należy rozumieć obliczenie ceny dokonane merytorycznie w sposób niezgodny ze szczególnymi wymogami zamawiającego określonymi w postanowieniach SIWZ oraz ewentualnie w odrębnych przepisach prawa (wyrok KIO z dnia 1 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 275/10). Błędem w obliczeniu ceny jest też kalkulacja ceny oferty nie obejmująca całego przedmiotu zamówienia (wyrok KIO z dnia 11 maja 2011 r. sygn. akt KIO/UZP 910/11). Błędem w obliczeniu ceny będzie obarczona taka oferta, z której w sposób jednoznaczny będzie wynikał zamiar wykonania świadczenia za odmienną cenę aniżeli wskazano w ofercie; będzie to oferta, z której treści (przykładowo w części opisującej kalkulację) będzie wynikała sprzeczność tego rodzaju, że niewątpliwie będzie, że zaoferowana za wykonanie zamówienia cena nie jest tą, której wykonawca oczekuje. Błąd w obliczeniu ceny, którego nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp, to błąd, którego poprawienie z obiektywnych względów jest niedopuszczalne, przykładowo z uwagi na to, że taka korekta ingerowałaby w sposób nieuprawniony w treść oświadczenia woli wykonawcy (wyrok z dnia 30 lipca 2010 r., sygn. KIO/UZP 1528/10 KIO).

Błędna stawka podatku VAT, w sytuacji, gdy zamawiający żądał od wykonawców obliczenia ceny oferty z uwzględnieniem prawidłowo ustalonego VAT - zgodnie z ustawą o VAT - jest błędem w obliczeniu ceny oferty, o którym stanowi art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, niepodlegającym poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W uchwałach z dnia 20 października 2011 r. III CZP 52/2011 i III CZP 53/2011 Sąd Najwyższy rozstrzygnął zasadniczą kwestię, co do błędu spowodowanego uwzględnieniem w cenie oferty niewłaściwej stawki podatku VAT, uznając, że: *„Określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli nie ma ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt*

6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych”.

W uzasadnieniu uchwały III CZP 53/2011 Sąd stwierdził, że jeżeli zamawiający w specyfikacji, w części dotyczącej sposobu obliczenia ceny, wskazał stawkę podatku, wówczas kontrola oferty w tym zakresie może sprowadzić się do poprawienia oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp), jeżeli poprawienie nie spowodowałoby istotnych zmian w jej treści. Może też skutkować odrzuceniem oferty, jeżeli różnica powodowałaby istotne zmiany w treści oferty, a więc w sytuacji równoważnej z sytuacją, w której treść oferty pozostaje w sprzeczności ze specyfikacją (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp).

*„Jeżeli jednak zamawiający, opisując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposób obliczania ceny, nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT, wówczas oferta zawierająca stawkę niezgodną o zobowiązującymi przepisami podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pr.z.p.,”* jako nieporównywalna z innymi ofertami.

*„O porównywalności ofert bowiem można mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł. Oferta zawierająca niezgodną z obowiązującymi przepisami stawkę podatku VAT, wpływającego na wysokość ceny brutto, niewątpliwie zaburza proces porównywania cen i musi być kwalifikowana jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny. Dla oceny, że doszło do wystąpienia błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pr.z.p., nie ma znaczenia, czy przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku VAT było zachowaniem zamierzonym przez wykonawcę. Wystąpienia błędu w obliczeniu ceny nie uchyla nawet obliczenie w ofercie ceny, dokonane z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT, niebędące elementem manipulacji ze strony wykonawcy zmierzającego takim, nagannym sposobem, do uzyskania zamówienia publicznego, lecz tylko rezultatem błędnej interpretacji przepisów określających stawki tego podatku. Wystąpienie błędu, o którym stanowi art. 89 ust. 1 pkt 6 Pr.z.p. należy oceniać w kategoriach obiektywnych, a więc niezależnych od zawinienia lub motywów zachowania wykonawcy przy kształtowaniu treści oferty. Ustawowy obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny zakłada wolę ustawodawcy zapewnienia stanu porównywalności ofert, z uwzględnieniem reguł uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami zabiegającymi o uzyskanie zamówienia publicznego. Realizację tego słusznego założenia ustawodawcy zaburzałoby dokonywanie oceny ofert, w których ceny oferowane za wykonanie tej samej usługi byłyby skalkulowane z uwzględnieniem różnych stawek podatku VAT.”*

W obu specyfikacjach istotnych warunków zamówienia, zwanych „SIWZ”, odpowiednio

w częściach XIII „Opis sposobu obliczenia ceny oferty”, w pkt 4 zamawiający zamieścił opis sposobu obliczenia ceny oferty, zobowiązując wykonawców do uwzględnienia w cenie podatku VAT zgodnego z obowiązującymi przepisami, nie zamieszczając żadnych w tym względzie wskazówek: „Cena oferty winna zawierać należny VAT. Prawidłowe ustalenie VAT należy do obowiązków wykonawcy - zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r. Nr 54, poz. 535 z późn. zmianami).”

Zamawiający oczekiwał uwzględnienia w cenach ofert podatku VAT według stawki i w kwocie zgodnej z obowiązującymi przepisami.

Odwołujący nie uwzględnił w cenie ofert podatku VAT wskazując, że spółka cywilna nie jest płatnikiem podatku VAT, na podstawie art. 113 ustawy o podatku od towarów i usług.

Wspólnicy spółki cywilnej w zamówieniach publicznych traktowani są jak wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (konsorcjum), ze wszystkimi skutkami wynikającymi z tego faktu.

Odwołujący w rozpoznawanych sprawach, to wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 23 ust. 1 Pzp, w formie odrębnych spółek cywilnych dla każdej części zamówienia. W dwóch równolegle prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego przez tego samego zamawiającego, wykonawcy złożyli oferty jako trzy spółki cywilne, wskazując ten sam potencjał osobowy, którym dysponuje (zatrudnia) Operator Usług Publicznych (SC-A1 Limited) Sp.k.

Sposób dysponowania osobami wskazanymi w jednej ofercie i na wezwanie zamawiającego uzupełnionymi również w drugiej ofercie (te same osoby), nie został także przedstawiony na rozprawie. Podstawę zatrudnienia (w razie realizacji umowy w wyniku uzyskania zamówienia) mają stanowić umowy o dzieło zawierane przez jednego ze współników, wskazanego wyżej Operatora Usług Publicznych (SC-A1 Limited) Sp.k. (spółka komandytowa zatrudnia około 200 osób wykonujących różne czynności niezwiązane z przetargiem).

Odwołujący nie przedstawił na wezwanie zamawiającego (z dnia 26.03.2014 r. na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do wskazania podstawy zastosowania zwolnienia na mocy art. 113 ustawy o VAT - konkretnego ustępu artykułu, dokładnej przyczyny jego zastosowania wraz z zaleceniem przedłożenia posiadanych dokumentów uzasadniających zastosowane zwolnienie) w toku postępowania, jak też na rozprawie potwierdzenia prowadzonej działalności, wymienionej w art. 15 ust. 2 ustawy o podatku od towarów i usług (VAT), przesądzającej o stratusie podatnika, o którym stanowi ust. 1 artykułu.

Z kolei posiadanie statusu podatnika jest przymiotem niezbędnym dla uzyskania podstawy

do zwolnienia od podatku sprzedaży dokonywanej przez podatnika, u którego wartość sprzedaży nie przekroczyła łącznie w poprzednim roku podatkowym kwoty 150 000 zł (art. 113 ust. 1 ustawy o VAT).

Na rozprawie potwierdzono stanowisko zamawiającego, że odwołujący jako odrębne spółki cywilne w każdej części zamówienia, na które złożono oferty w prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia, nie prowadzi samodzielnie działalności gospodarczej, zdefiniowanej w art. 15 ust. 2 ustawy o VAT, nie spełniając tym przesłanek definicji podatnika VAT.

Izba wskazuje, że spółka cywilna jest jedną z form prowadzenia działalności gospodarczej, nie posiadającą osobowości prawnej, w której podmiotami są jej wspólnicy. Przez umowę spółki zawieraną między osobami fizycznymi lub prawnymi wspólnicy zobowiązują się do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez działanie w sposób oznaczony, w szczególności przez wniesienie wkładów (art. 860 § 1 k.c.). Spółka nie ma podmiotowości prawnej w rozumieniu prawa cywilnego, ma podmiotowość prawnopodatkową - jest podatnikiem podatku VAT, jeżeli spełnia przesłanki wskazane w art. 15 ust. 1-2 ustawy o VAT (wykonuje samodzielnie działalność gospodarczą wyrażoną w ust. 2 artykułu, bez względu na cel lub rezultat takiej działalności). Jeżeli spółka zatrudnia pracowników jest też płatnikiem podatku dochodowego od osób fizycznych, a także płatnikiem składek na ubezpieczenie społeczne oraz ubezpieczenie zdrowotne.

Z istoty przepisów art. 15 ust. 1-2 ustawy o VAT wynika, że spółka cywilna jest podatnikiem tego podatku, pomimo iż nie jest podatnikiem w rozumieniu ustawy o podatku dochodowym (od osób fizycznych czy prawnych).

Oznacza to jednocześnie, że spółka cywilna jest odrębnym podatnikiem w zakresie podatku VAT od wspólników tworzących spółkę. Spółka cywilna może korzystać ze zwolnienia, o którym mowa w art. 113 ust. 1 (po spełnieniu warunków wynikających z przepisów) bez względu na fakt, że wspólnicy tworzący tą spółkę są zarejestrowanymi, czynnymi podatnikami podatku VAT.

Przepis art. 113 ust. 1 ustawy zwalnia od podatku podatników, u których wartość sprzedaży opodatkowanej nie przekroczyła łącznie w poprzednim roku podatkowym kwoty 150 000 zł. Do wartości sprzedaży nie wlicza się kwoty podatku. Do kwoty limitu 150 000 zł nie wlicza się odpłatnej dostawy towarów oraz odpłatnego świadczenia usług zwolnionych od podatku,

które korzystały ze zwolnienia przedmiotowego.

Z przepisu art. 113 ust. 5 ustawy wynika, że jeżeli wartość sprzedaży u podatników zwolnionych od podatku na podstawie ust. 1 przekroczy kwotę, o której mowa w tym ustępie, zwolnienie traci moc w momencie przekroczenia kwoty.

Na mocy art. 113 ust. 9 ustawy, podatnik rozpoczynający w trakcie roku podatkowego wykonywanie czynności określonych w art. 5 jest zwolniony od podatku, jeżeli przewidywana przez niego wartość sprzedaży nie przekroczy, w proporcji do okresu prowadzonej działalności gospodarczej w roku podatkowym, kwoty określonej w ust. 1.

Jeżeli faktyczna wartość sprzedaży, w proporcji do okresu prowadzonej działalności gospodarczej, przekroczy w trakcie roku podatkowego kwotę określoną w ust. 1, zwolnienie określone w ust. 9 traci moc z momentem przekroczenia tej kwoty.

Z analizy wskazanych regulacji wynika, że ustawodawca co do zasady przewidział zastosowanie zwolnienia podmiotowego dla podatników, u których wielkość sprzedaży w poprzednim roku podatkowym nie przekroczyła łącznie 150 000 zł. W przypadku podatników rozpoczynających prowadzenie działalności gospodarczej w trakcie trwania roku podatkowego zastosowanie zwolnienia jest możliwe, jeżeli przewidywana wartość sprzedaży nie przekroczy w proporcji do okresu prowadzonej działalności gospodarczej w roku podatkowym kwoty 150 000 zł.

Odwołujący nie wskazując w cenach ofert podatku VAT podkreślił, że nie jest płatnikiem podatku, a wraz z rozpoczęciem realizacji umowy będzie dysponował całym limitem kwotowym, o którym stanowi przepis art. 113 ust. 1 ustawy o VAT, odnosząc kwotę limitu odrębnie do każdej części zamówienia.

Temu więc celowi służy złożenie ofert przez trzy spółki cywilne na poszczególne części zamówienia. W myśl ust. 9 wskazanego artykułu, zwolnienie od podatku przysługuje, jeżeli przewidywana wartość sprzedaży nie przekroczy, w proporcji do okresu prowadzonej działalności gospodarczej w roku podatkowym, kwoty określonej w ust.1. Zatem, składając oferty w prowadzonych przez zamawiającego postępowaniach na trzy lokalizacje, przewidywana przez odwołującego wartość sprzedaży powinna uwzględniać łączne kwoty ofert. Złożenie ofert przez trzy spółki z zachowaniem tożsamości wspólników oraz potencjału wskazanego w ofertach, potwierdza słuszną ocenę zamawiającego - sztucznego tworzenia struktur w celu uzyskania zwolnienia od podatku.

Złożone przez odwołującego na rozprawie dokumenty:

1. „Potwierdzenie zarejestrowania podmiotu jako podatnika VAT” Naczelnika Trzeciego Urzędu Skarbowego w Szczecinie z dnia 18.09.2014 r. - dotyczy spółki cywilnej z udziałem Agenta 110, nie dotyczy odwołań wniesionych przez odwołującego w innej

konfiguracji podmiotowej.

2. Zaświadczenia Naczelnika Trzeciego Urzędu Skarbowego w Szczecinie z dnia 03.09.2014 r. „(...) o podatniku podatku od towarów i usług” dotyczące podatników - Krajowa Instytucja Rozliczeniowa Sp. z o.o. SC Agent 105 oraz Krajowa Instytucja Rozliczeniowa Sp. z o.o. SC Agent 106 - brak rejestracji jako podatników VAT w okresie od 09.07.2013 r. do dnia wydania zaświadczeń - potwierdzają, że spółki nie były w tym okresie podatnikami.

3. Indywidualna interpretacja z dnia 26 marca 2013 r. wydana na wniosek Krajowej Instytucji Rozliczeniowej Sp. z o.o. (przed utworzeniem spółki komandytowej i zawarciem umów spółek cywilnych), dotyczy zwolnienia przedmiotowego spółki z o.o. (podmiotu występującego o interpretację) na podstawie art. 43 ust. 1 pkt 10 ustawy o VAT - dowód bezprzedmiotowy w sytuacji, gdy spór dotyczy zwolnienia podmiotowego spółki cywilnej na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy o podatku VAT.

Na marginesie tej kwestii Izba wskazuje, że zmiana podstawy zwolnienia z VAT na etapie postępowania odwoławczego nie wywiera oczekiwanego skutku.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, kwestionującego czynności zamawiającego, jako nieuprawnione w ustalaniu podstawy zwolnienia od podatku VAT, uznając argumentację za niezasadną. Zamawiający jest zobowiązany do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości związanych z prowadzonymi postępowaniami, zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp (zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców). Przepis art. 87 ust. 1 Pzp (żądanie wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert) uprawnia zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty w granicach przepisu.

Na uwagę zasługuje podnoszona przez zamawiającego kwestia specjalnej klauzuli (antyabuzywnej) stosowanej w umowach podatkowych, której celem jest pozbawienie podatników korzyści wynikających z umów, jeżeli jedynym lub głównym celem transakcji lub struktur opartych na danej umowie, jest uzyskanie korzyści podatkowych.

Reasumując powyższe, Izba uznała, że odwołujący nie wykazał podstaw do zwolnienia podmiotowego od podatku VAT, w rozumieniu art. 113 ust. 1 i 9 w zw. z art. 15 ust. 1 i 2 ustawy o VAT, co skutkuje uznaniem zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp za niezasadny.

2. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przepis art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji definiuje czyn nieuczciwej konkurencji, jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (klauzula generalna). W ustępie 2 artykułu wskazano czyny, będące w szczególności czynami nieuczciwej konkurencji (przykładowy katalog czynów nieuczciwej konkurencji), natomiast w art. 5-17d ustawy wyszczególniono poszczególne czyny nieuczciwej konkurencji (stypizowano czyny mające swe źródło w art. 3 ustawy).

Czynem nieuczciwej konkurencji, jest każde zachowanie przedsiębiorcy, które narusza przepisy prawa (i to nie tylko ujęte w rozdziale drugim uznk) lub dobre obyczaje, przez co zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy lub klienta (Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 20 lutego 2008 r., sygn. akt I ACa 93/08). Dobre obyczaje, to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa (Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 28 czerwca 2007 r., sygn. akt V ACa 371/07).

Z analizy orzeczniczej dotyczącej wzajemnej relacji przepisów ustawy, w których określono poszczególne czyny nieuczciwej konkurencji i klauzuli generalnej (art. 3 ust. 1 - ogólna definicja czynu nieuczciwej konkurencji) wynika, że:

- czyny konkurencyjne powinny być badane przede wszystkim w świetle przesłanek określonych w przepisach art. 5-17d uznk i dopiero, gdy nie mieszczą się w dyspozycji któregośkolwiek z tych przepisów, podlegają ocenie według klauzuli generalnej z art. 3 uznk (Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 19 grudnia 2007 r., sygn. akt I ACa 209/06; Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z dnia 30 września 1998 r., sygn. akt I ACa 281/98),
- pomiędzy przepisami art. 5-17d i art. 3 ust. 1 uznk nie zachodzi relacja *lex specialis-lex generalis*. Wylczenie czynów nieuczciwej konkurencji w art. 5-17d ustawy jest o tyle wyczerpujące, że dopiero w braku możliwości zakwalifikowania zachowania przypisywanego pozwanemu zaskarżonym wyrokiem do któregośkolwiek z nazwanych czynów nieuczciwej konkurencji, istniałaby możliwość oceny tego zachowania przez pryzmat klauzuli generalnej art. 3 ust. 1 uznk,
- w każdym przypadku, także w razie stosowania przepisów rozdziału 2 uznk, niezbędne jest wykazanie ogólnych przesłanek odpowiedzialności za czyn nieuczciwej konkurencji określonych w art. 3 ust. 1 uznk (Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 5 grudnia 2007 r., sygn. akt I ACa 1053/07),
- klauzula generalna (art. 3 uznk) obok funkcji uzupełniającej pełni też funkcję korygującą wobec innych przepisów ustawy. Czyn wypełniający hipotezę normy wynikającej z przepisu rozdziału 2 ustawy, by stanowił czyn nieuczciwej konkurencji, musi wypełniać przesłankę



zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy - art. 3 ust. 1 uznk (Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z dnia 20 lipca 2007 r., sygn. akt I ACa 682/07).

Wskazany przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia ofert, na podstawie art. 15 ust. 1 pkt 5 uznk, „(...) czyn *nieuczciwej konkurencji jako utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności poprzez działanie mające na celu wymuszenie na Zamawiającym wybór Wykonawcy*”, jest działaniem mającym na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

Hipotezą przepisu jest zachowanie polegające na wymuszaniu na klientach określonych decyzji rynkowych, a więc wywieraniu wpływu (przymusu przede wszystkim rynkowego), który charakteryzuje się tym, że adresat nie ma możliwości innego wyboru. Uniemożliwianie klientom racjonalnego wyboru rynkowego, jeżeli nie jest elementem normalnego współzawodnictwa rynkowego i odbywa się za pomocą nieuczciwych środków, jest wymuszaniem, którego kwalifikacja mieści się w pojęciu klauzuli generalnej (art. 3 ust. 1 uznk - działaniu sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażającym lub naruszającym interes innego przedsiębiorcy lub klienta), pełniącej funkcję korygującą dla stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji (wyrok S.A. w Warszawie z dnia 5 grudnia 2007 r., sygn. akt I ACa 1053/07).

Czyn nieuczciwej konkurencji, o którym stanowi przepis art. 15 ust. 1 pkt 5 uznk, jest działaniem ukierunkowanym na osiągnięcie określonego rezultatu, na co wskazuje zwrot „w celu” (komentarz do art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, oprac. Marcin Mioduszewski, Jarosław Sroczyński).

Izba uznaje za uzasadnione stanowisko zamawiającego, że odwołujący przyjął struktury organizacyjne wypełniające przesłanki określone w art. 15 ust. 1 pkt 5 z uwzględnieniem klauzuli generalnej z art. 3 uznk - stwarzanie sytuacji optymalizującej uzyskanie zamówienia przez przedstawienie oferty najkorzystniejszej cenowo (wywierając tym przymus zamawiającego dokonania wyboru takiej oferty oraz utrudnienie w uzyskaniu zamówienia pozostałym wykonawcom). Przy czym w takiej sytuacji zupełnie bez wpływu na ocenę czynności wykonawcy pozostaje fakt (podobnie jak przy ocenie błędu w cenie), że nawet po doliczeniu należnej kwoty podatku VAT, cena ofert nadal pozostanie najkorzystniejsza (najniższa). Zamawiający zobowiązany jest do wybrania najkorzystniejszej oferty zgodnej z przepisami prawa.

W ofertach złożonych w postępowaniach występują te same podmioty - spółki prawa handlowego - Krajowa Instytucja Rozliczeniowa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, przy ul. Nowogrodzkiej 31 (z kapitałem zakładowym 20 000 zł), w której organem uprawnionym do reprezentowania podmiotu jest zarząd. Jedynym wspólnikiem spółki i jednocześnie dyrektorem reprezentującym spółkę jest M. P. - jedyna osoba ujawniona w dokumencie. Drugim podmiotem prawa handlowego - wspólnikiem spółek cywilnych - jest Operator Usług Publicznych (SC-A1 LIMITED) Sp.k. z siedzibą we Wrocławiu, przy ul. Św. Elżbiety 4, której jednym ze wspólników jest SC-A1 LIMITED, będący komplementariuszem samodzielnym reprezentującym spółkę, natomiast drugim wspólnikiem jest PÔMELÔ POLSKA Sp. z o.o.

W Repertorium Nr 0820/2013 (dokument przetłumaczony z języka angielskiego) figuruje podmiot SC-A1 Limited [spółka z ograniczoną odpowiedzialnością], Numer spółki: 121003 (...) z siedzibą na Seszelach. Z przedstawionego rejestru członków zarządu wynika, że jedynym członkiem tego organu jest Ł. L. zamieszkały w Warszawie, przy Pl. Piłsudskiego 3, nominowany na stanowisko 12 marca 2013 r.

Z uchwały subskrybenta SC-A1 Limited Nr rej. 121003 z dnia 12 marca 2013 r. (dokument przetłumaczony z języka angielskiego) wynika również, że Ł. L. jest jedynym członkiem zarządu tej spółki i że wszystkie udziały spółki mają być i zostały wyemitowane na udziały imienne wspólnika Ł. L. (100 USD 1,00 każdy).

Ł. L. działający w imieniu i na rzecz firmy OUP (SC-A1 LIMITED) Sp.k. udzielił w dniu 06.03.2014 r. aktem notarialnym spółce PÔMELÔ POLSKA Sp. z o.o. i każdorazowemu jej zarządowi „pełnomocnictwa do reprezentowania we wszelkich sprawach związanych z prowadzoną przez nią działalnością, w szczególności przed: (...)”. PÔMELÔ POLSKA Sp. z o.o. ma siedzibę w Warszawie, przy ul. Nowogrodzkiej 31, jedynym wspólnikiem spółki jest Krajowa Instytucja Rozliczeniowa Sp. z o.o. Organem uprawnionym do reprezentowania podmiotu jest zarząd, a członkiem jednoosobowego zarządu jest M. P. - na podstawie ofert spółek: Krajowa Instytucja Rozliczeniowa Sp. z o.o. s.c. AGENT 105, ul. Łyskowsiego 16, 71-641 Szczecin oraz Krajowa Instytucja Rozliczeniowa Sp. z o.o. s.c. AGENT 106, ul. Łyskowsiego 16, 71-641 Szczecin.

Powyższe wskazuje, że dwaj wspólnicy spółek prawa handlowego, będący reprezentantami trzech spółek kh oraz wspólnikami trzech spółek cywilnych (uczestniczących w tym postępowaniu), wskazali, że spółki cywilne nie są płatnikami podatku VAT, a tym samym nie są podatnikami VAT. Na tej podstawie uznali, że są uprawnieni do zwolnienia podmiotowego

z podatku VAT odrębnie dla każdej części zamówienia w granicach limitu określonego w art. 113 ust. 1 ustawy o VAT (150 000 zł), w sytuacji, gdy łączna kwota cen netto przedstawionych w ofertach wynosi 605 940 zł.

W umowach z dnia 10 maja 2013 r. zawartych przez: (1.) Krajową Instytucję Rozliczeniową spółka z o.o. w Warszawie i (2.) Operatora Usług Publicznych (SC-A1 LIMITED) spółka komandytowa we Wrocławiu o zawiązaniu spółek cywilnych pod nazwami KRAJOWA INSTYTUCJA ROZLICZENIOWA SP. Z O.O. S.C. AGENT 105 z siedzibą w Warszawie oraz KRAJOWA INSTYTUCJA ROZLICZENIOWA SP. Z O.O. S.C. AGENT 106 z siedzibą w Warszawie (po zmianie: siedzibą spółek jest Szczecin), załączonych do akt sprawy, ustalono stosunek udziałów poszczególnych wspólników w zysku i stracie spółek odpowiednio: a) 0,38%, b) 99,62%).

Izba uznała za zasadne stanowisko zamawiającego wskazujące, że (...) „*wykorzystując sztuczne struktury prawne, Wykonawca przedstawił ofertę zawierającą cenę znacząco niższą niż oferty innych podmiotów, a przez to naruszył zasady uczciwej konkurencji (wykorzystanie sztucznych struktur prawnych stawia Wykonawcę w pozycji znacznie korzystniejszej niż pozostałych. Takie podejście Wykonawcy jest niedopuszczalne na gruncie prawa podatkowego oraz prawa konkurencji, a finalnie skutkuje koniecznością odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP, jako oferty ograniczającej dostęp do rynku dla innych podmiotów*”.

Utrudnianie dostępu do rynku jest zarówno samodzielnym czynem nieuczciwej konkurencji, jak i rezultatem ostatecznym innych zachowań tego rodzaju.

Reasumując powyższe Izba uznała, że zamawiający nie naruszył przepisów wskazanych w odwołaniach:

- KIO 1852/14 część 2 - art. 89 ust. 1 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 7 ust. 1 - przez odrzucenie oferty odwołującego;
- KIO 1853/14 część 2 - art. 89 ust. 1 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 7 ust. 1 i art. 93 ust. 1 pkt 1 - przez odrzucenie oferty odwołującego i unieważnienie postępowania w tej części.

Izba oddaliła odwołania na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania

(Dz. U. Nr 41, poz. 238), zasądzać na rzecz zamawiającego koszty postępowania na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....