

WYROK
z dnia 6 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę: **B. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą B. K. TRANS-KAM 2 z siedzibą w Warszawie;**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie;**

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** w zakresie zarzutów naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 139 w zw. z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w zw. z art. 58 i 353¹ kodeksu cywilnego, poprzez sformułowanie postanowień §5 ust. 5 wzoru umowy, stanowiącego załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób sprzeczny z wyżej wymienionymi przepisami i nakazuje zamawiającemu: dokonanie zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez usunięcie zapisu §5 ust. 5 zawartego we wzorze umowy, zgodnie z którym wykonawca musi oświadczyć, że jest czynnym podatnikiem podatku VAT i jest uprawniony do wystawiania faktur VAT;
2. umarza postępowania w pozostałym zakresie, wobec wycofania przez odwołującego pozostałych zarzutów;
3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od

odwołania;

- 3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Polskie Koleje Państwowe S.A. z siedzibą w Warszawie, w imieniu których postępowanie prowadzi: **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie** (dalej „zamawiający”) wszczęły, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług utrzymania w czystości na stacjach i przystankach kolejowych, budynkach dworców kolejowych, peronach i drogach dojścia do nich, torach i międzytorzach oraz innej infrastruktury służącej do obsługi podróżnych, zarządzanych przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. i PKP S.A. - obszar Wrocław, nr ref. postępowania: ILG7c-231-14/2020 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod nr 2020/S 153-375826 w dniu 10 sierpnia 2020 r.

W dniu 19 sierpnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: **B. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą B. K. TRANS-KAM 2 z siedzibą w Warszawie** (dalej „odwołujący” lub „TRANS-KAM”).

Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1, art. 182 ust. 2 w zw. z art. 179 ustawy Pzp złożył odwołanie wobec opisu przedmiotu zamówienia oraz treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) w postępowaniu, a w szczególności na treść postanowienia:

1. § 6 ust. 1 pkt 6 wzoru umowy - [kary umowne za złą technologię / użycie środków] zgodnie z którym „Wykonawca zobowiązuje się zapłacić Zamawiającemu kary umowne, naliczane wg następujących zasad, w wysokości 50 zł za każdy przypadek zastosowania narzędzi lub środków niezgodnych z technologią określoną w części III.3 opisu przedmiotu zamówienia (dalej także „OPZ”), gdzie jednocześnie w części 1.1 ust. 1 OPZ określono: sprzątanie powierzchni wykonywane będzie w oparciu o technologię sprzątania i określoną w części III.1 OPZ a postanowienie w części 1.2 ust. 2 OPZ stanowi, że „rozwiązania technologiczne, o których mowa w części 1.2.1 OPZ mają charakter poglądowy, a technologia sprzątania stosowana przez Wykonawcę musi być dostosowana w taki sposób, aby była obojętna dla utrzymywanego materiału, otoczenia i bezpieczna w kontakcie z użytkownikiem”;

2. Rozdziału XXIII ust. 16 SIWZ - [Informacje o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej] - zgodnie z którym zamawiający po zakończeniu aukcji dokona wyliczenia całkowitej ceny netto oferty wg załączonych wzorów. Do wyliczeń wykorzysta „wskaźnik upustu cenowego” zaokrąglony do dziesięciu miejsc po przecinku, co ma wpływ na obliczenie ostatecznej ceny świadczenia usługi przez wykonawcę;
3. Rozdziału XX SIWZ - [Termin składania ofert] zgodnie z którymi wykonawca powinien złożyć ofertę do dnia 21.08.2020 r. do godz. 10.00, co jest niezgodne z treścią art. 43 ust. 2 ustawy pzp, który mówi o 35 dniowym terminie na składanie ofert;
4. § 9 ust. 6 pkt 3) wzoru umowy - [wynagrodzenie za usługi dodatkowe] - dotyczący zlecenia dodatkowych usług zgodnie z którym „w przypadku zlecenia dodatkowej usługi serwisu sprzątającego na wskazanych przez zamawiającego Obiektach, polegającej na zapewnieniu w określonych godzinach osób wykonujących na bieżąco usługi utrzymania w czystości tych Obiektów - wynagrodzenie stanowić będzie iloczyn liczby roboczogodzin oraz minimalnej stawki godzinowej, ustalonej na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2019 r., poz. 1564 ze zm.);
5. § 6 ust. 1 pkt. wzoru umowy - [kara umowna za stwierdzenie uchybień podczas audytu Kontrolnego prac bieżących], zgodnie z którym wykonawca zobowiązuje się zapłacić zamawiającemu kary umowne, naliczane w wysokości 50 złotych za stwierdzenie uchybień przez zamawiającego podczas Audytu Kontrolnego prac bieżących;
6. § 5 ust. 5 wzoru umowy - [czynny podatnik VAT] - zgodnie z którym wykonawca musi oświadczyć, że jest czynnym podatnikiem podatku VAT i jest uprawniony do wystawiania faktur VAT.

W związku z powyższymi zapisami odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji;
2. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i prawidłowe obliczenie ceny oferty;
3. art. 43 ust. 2 ustawy Pzp poprzez określenie terminu składania ofert w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami;
4. art. 82 i 91 ust. 2 ustawy Pzp w zakresie w jakim zamawiający ustala stawkę za wykonanie zleceń dodatkowych na poziomie minimalnej stawki godzinowej, ustalonej na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2019 r., poz. 1564 ze zm.);
5. art. 139 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 58 i 353¹ kodeksu cywilnego przez sformułowanie ww. postanowień w sposób sprzeczny z przepisami

prawa, zasadami współżycia społecznego i dobrymi obyczajami i w związku z tym nieważnymi;

6. art. 387 § 1 i 2 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp poprzez określenie świadczeń wykonawcy, które są niemożliwe do spełnienia, a w związku z tym nieważnych.

W związku z wymienionymi czynnościami i formułowanymi wyżej zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. zmianę postanowień § 6 ust. 1 pkt. 6 wzoru umowy, postanowienia części 1.2 ust. 1 OPZ oraz części 1.2 ust. 2 OPZ - [kary umowne za złą technologię / użycie środków] - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a w szczególności wskazanie jaką technologię zamawiający będzie akceptował, co doprowadzi do uniknięcia stosowania kar umownych względem wykonawcy, względnie poprzez wprowadzenia do umowy postanowień, wskazujących iż w sytuacji, gdy wykonawca zastosuje zalecaną przez zamawiającego technologię nie będą naliczane kary umowne z tytułu zastosowania złej technologii, oraz wprowadzenie postanowień, zgodnie z którymi wykonawca ma prawo wystąpić do zamawiającego o zaakceptowanie proponowanej przez wykonawcę technologii lub środka, jeśli usunięcie zabrudzeń wymaga zastosowania innej technologii lub środka o innym pH niż zalecany, z tym zastrzeżeniem, że nieudzielenie niezwłocznie akceptacji zamawiającego, bądź nieudzielenie akceptacji zwalnia wykonawcę z obowiązku usunięcia zabrudzeń, a w przypadku, gdy zabrudzenie usuną z odpowiedzialności z tytułu zastosowania złej technologii/użycia środka;
2. zmianę postanowień Rozdziału XXIII SIWZ [Informacje o przeprowadzeniu aukcji elektronicznej], w sposób umożliwiający dostosowanie formularza cenowego przez wykonawcę, bez uwzględnienia zmian cen jednostkowych według metody proporcjonalności „metody upustów cenowych”;
3. zmianę terminu składania ofert na zgodny z art. 43 ust. 2 ustawy Pzp;
4. zmianę postanowienia § 9 ust 6 pkt. 3) wzoru umowy - [wynagrodzenie za usługi dodatkowe] - na następujące: „w przypadku zlecenia dodatkowej usługi serwisu sprzątającego na wskazanych przez zamawiającego Obiektach polegającej na zapewnieniu w określonych godzinach osób wykonujących na bieżąco usługi utrzymania w czystości tych Obiektów - wynagrodzenie netto stanowić będzie iloczyn liczby roboczogodzin oraz minimalnej stawki godzinowej, ustalonej na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U z 2019 r., poz. 1564 ze zm.) powiększonej o koszty pracodawcy ponoszone z tytułu zatrudnienia pracownika, obejmujące składki opłacane przez pracodawcę (tzw. „kwota brutto - z tytułu zatrudnienia”);

5. usunięcie § 6 ust 1 pkt wzoru umowy - [kara umowna za stwierdzenie uchybień podczas audytu Kontrolnego prac bieżących] - zgodnie z którym wykonawca zobowiązuje się zapłacić zamawiającemu kary umowne, naliczane w wysokości 50 złotych za stwierdzenie uchybień przez zamawiającego podczas Audytu Kontrolnego prac bieżących;
6. usunięcie § 5 ust. 5 wzoru umowy - [oświadczenie o statusie czynnego podatnika VAT] - zgodnie z którym wykonawca musi oświadczyć, że jest czynnym podatnikiem podatku VAT i jest uprawniony do wystawiania faktur VAT.

Odwołujący sprecyzował zarzuty, odnosząc się do kwestii zapisu w § 5 ust. 5 wzoru umowy - [czynny podatnik VAT], zgodnie z którym wykonawca musi oświadczyć, że jest czynnym podatnikiem podatku VAT i jest uprawniony do wystawiania faktur VAT, wskazując następujące okoliczności faktyczne i prawne, uzasadniające wniesienie odwołania.

Zwrócił uwagę, że zapis w § 5 ust. 5 wzoru umowy zobowiązuje przyszłego wykonawcę do złożenia oświadczenia o tym, że jest czynnym podatnikiem od towarów i usług VAT. Ww. postanowienie wprowadza ograniczenia i nie gwarantuje zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Wykonawca, jako przedsiębiorca, może być zwolniony z podatku od towarów i usług VAT na podstawie odpowiednich przepisów ustawy o podatku od towarów i usług. § 5 ust. 5 wzoru umowy ogranicza możliwość wzięcia udziału w postępowaniu przez podmioty, które nie są w stanie oświadczyć, iż posiadają status czynnego podatnika od podatku od towarów i usług (VAT).

Tymczasem poszanowanie uczciwej konkurencji zobowiązuje zamawiającego do traktowania wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie w sposób jednakowy. Naczelny Sąd Administracyjny w orzeczeniu wydanym 6 marca 2019 r. przypomniał także, że zasady proporcjonalności oraz przejrzystości obligują zamawiającego do transparentnego stosowania środków adekwatnych do zamierzonego celu. „Zamawiający nie ma więc prawa w jakikolwiek sposób uprzywilejowywać bądź zniechęcać potencjalnych wykonawców zamówienia publicznego.” (IGSK 1056/19). Wykonawców należy traktować jednakowo.

Wyrok NSA wprost odnosi się do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W sprawie o sygn. akt I GSK 1056/19 Sąd jednoznacznie stwierdził, że obowiązkiem spoczywającym na zamawiającym jest traktowanie każdego z wykonawców znajdujących się w takiej samej sytuacji prawnej lub faktycznej w identyczny sposób.

Biorąc pod uwagę fakt, że ustawodawca przewiduje możliwość zwolnienia przedsiębiorcy z podatku od towarów i usług (VAT) na podstawie odpowiednich przepisów ustawy o VAT, to taki przedsiębiorca powinien mieć możliwość wzięcia udziału w postępowaniu. Taki przedsiębiorca nie musi i nie może oświadczyć, że jest czynnym płatnikiem podatku VAT.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu usunięcia postanowienia § 5 ust. 5 wzoru umowy.

Zamawiający, 19 sierpnia 2020 r., poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający, działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, 2 października 2020 r., złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Odwołujący, na posiedzeniu w dniu 5 października 2020 r. złożył oświadczenie, że cofa zarzuty odwołania wymienione w punktach od 1 do 5. Tym samym rozpoznaniu na rozprawie podlegały zarzuty naruszenia art. 139 ustawy Pzp w zw. z art. 14 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 58 i 353¹ kodeksu cywilnego przez sformułowanie postanowień wzoru umowy tj. § 5 ust. 5 w sposób sprzeczny z przepisami prawa, zasadami współżycia społecznego i dobrymi obyczajami i w związku z tym nieważnymi.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu i treścią SIWZ, a także po zapoznaniu się z odwołaniem i odpowiedzią na nie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Na wstępie Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

W szczególności Izba nie podzieliła argumentacji zamawiającego o braku po stronie odwołującego interesu prawnego we wniesieniu odwołania. Po pierwsze, stwierdzić należy, że w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie jest wymagane posiadanie przez odwołującego interesu prawnego. Po drugie, biorąc pod uwagę, że postępowanie o udzielenie zamówienia znajduje

się na etapie zapoznawania się wykonawców z ogłoszeniem o zamówieniu i SIWZ, zatem przed terminem składania ofert, należy uznać, że sam zamiar ubiegania się o zamówienie jest wystarczający do stwierdzenia posiadania przez wykonawcę interesu we wniesieniu odwołania i możliwości poniesienia przez niego szkody z powodu określonych postanowień, które mogą uniemożliwić wykonawcy złożenie oferty. W przypadku odwołań dotyczących postanowień SIWZ szkoda wykonawcy ma ze swej natury charakter hipotetyczny, a interes w uzyskaniu zamówienia można przypisać każdemu wykonawcy, deklarującemu zainteresowanie udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia, dla którego postanowienia SIWZ mogą być potencjalnie niekorzystne. Bez znaczenia dla oceny przedmiotowego interesu jest okoliczność, że sam wykonawca jest podmiotem, który jest zarejestrowany jako podatnik VAT i sam mógłby złożyć ofertę w postępowaniu. Na tym etapie wykonawcy zapoznają się z dokumentacją postępowania, w tym opisem przedmiotu zamówienia i warunkami udziału w postępowaniu i podejmują decyzję czy, a jeśli tak to czy samodzielnie czy może wspólnie z innymi wykonawcami, będą ubiegali się o zamówienie. Dlatego też Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ. Izba dopuściła i przeprowadziła dowód wnioskowany przez zamawiającego w postaci wyciągu z wykazu podmiotów zarejestrowanych jako podatnicy VAT, niezarejestrowanych oraz wykreślonych i przywróconych do rejestru VAT potwierdzającego, że odwołujący na dzień 2 października 2020 r. widnieje w rejestrze jako czynny podatnik podatku VAT.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miały wpływ lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zawartym w Rozdziale IV SIWZ jest świadczenie usług utrzymania czystości na stacjach i przystankach kolejowych, budynkach dworców kolejowych, peronach i drogach dojścia do nich, torach i międzytorzach oraz innej infrastruktury służącej do obsługi podróżnych, zarządzanych przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A i PKP S.A. - obszar Wrocław.

Ponadto, Izba ustaliła, że zamawiający w Rozdziale XIII SIWZ przewidział możliwość ubiegania się o zamówienie wykonawców występujących wspólnie. Zastrzegł jednocześnie,

że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą ustanowić i wskazać pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie niniejszego zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu o udzielenie niniejszego zamówienia i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego - zgodnie z postanowieniem art. 23 ustawy Pzp. W zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu zamawiający przewidział, że w przypadku składania oferty wspólnej, warunki szczegółowe określone w rozdziale XI pkt 2) i 3) SIWZ uznaje się za spełnione, jeśli spełnią je łącznie wszyscy wykonawcy składający ofertę wspólną. Ponadto, w przypadku gdy oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zostanie wybrana, zamawiający będzie mógł żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę tych wykonawców. Jednocześnie zamawiający postawił wymagania co do treści tej umowy precyzując, że musi ona zawierać co najmniej postanowienia dotyczące: (1) stron umowy, (2) czasu jej trwania, (3) solidarnej odpowiedzialności każdego spośród wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie publiczne wobec zamawiającego, (4) dokładnego podziału zadań pomiędzy wykonawców.

Ponadto, jak ustalił skład orzekający, załącznikiem nr 2 do SIWZ był wzór umowy. Zgodnie z zapisem zawartym w §5 ust. 5 umowy: „Wykonawca oświadcza, że jest czynnym podatnikiem podatku VAT i jest uprawniony do wystawiania faktur VAT”.

Przedmiotowy zapis budził zastrzeżenia odwołującego, który podnosił, że wymaganie aby wykonawca oświadczył, że posiada status czynnego podatnika podatku od towarów i usług VAT, ogranicza możliwość wzięcia udziału w postępowaniu przez podmioty, które zostały zwolnione z podatku VAT na podstawie odpowiednich przepisów. Na rozprawie podkreślał, że w przypadku gdy o zamówienie będą ubiegały się podmioty występujące wspólnie, które nie są czynnymi podatnikami VAT - nie będą one miały możliwości złożenia oferty i zawarcia umowy.

Na wstępie należy przypomnieć, że obowiązkiem zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez przepisy ustawy Pzp. Przepisy ustawy zobowiązują zamawiającego między innymi do tego, aby równo traktował wszystkie podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia, nie dyskryminując żadnego z nich czy to ze względu na formę prawną czy jego wielkość.

Ponadto, w kontekście stawianego zarzutu zauważyć należy, że zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1145 ze zm.) - dalej „kodeks cywilny”. Z kolei zgodnie z art. 353¹ kodeksu cywilnego, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości

(naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Z przepisu wynika, że strony dysponują co do zasady swobodą kształtowania treści umowy, niemniej jednak swoboda ta nie jest nieograniczona. Zarówno treść, jak i cel umowy nie mogą być bowiem sprzeczne z właściwością stosunku zobowiązaniowego, przepisami prawa oraz z zasadami współżycia społecznego. Postanowienia umowy, bez względu zatem na wyrażoną wyżej swobodę umów, nie mogą naruszać istoty i charakteru danego zobowiązania, przepisów bezwzględnie obowiązujących oraz ogólnych zasad słuszności, dobrych obyczajów, uczciwości, czy rzetelności, które mieszczą się w pojęciu zasad współżycia społecznego. Ponadto, zgodnie z art. 58 § 1 i 2 KC czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy co do zasady jest nieważna, jak też nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.

Zauważyć należy, że kwestię tego jaki podmiot musi być czynnym podatnikiem VAT regulują przepisy ustawy o podatku od towarów i usług z dnia 11 marca 2004 r. (tj. Dz. U. z 2020 r., poz. 106) – dalej „ustawa o VAT”. Zgodnie z jej postanowieniami czynnymi podatnikami VAT są podmioty wykonujące czynności opodatkowane, zarejestrowane do VAT i opłacające podatek od towarów i usług (po złożeniu w urzędzie skarbowym zgłoszenia rejestracyjnego VAT-R). Deklaracja powyższa jest składana przez przedsiębiorcę, który albo chce opłacać podatek VAT dobrowolnie, albo spełnia przesłanki obligatoryjnego objęcia go tym podatkiem. Obowiązek opłacania VAT mają z kolei przedsiębiorcy, których przychody przekroczyły 200 tys. w skali roku. Jeśli zatem przedsiębiorca kwotę tę przekroczy - obowiązkowo musi zostać czynnym płatnikiem VAT. Czynnym podatnikiem VAT są również firmy, których siedziba znajduje się poza terytorium RP. Co jednak ważne, spora grupa firm, których przychód nie przekroczył 200 tys. zł. może zrezygnować ze statusu podatnika VAT czynnego.

Dostrzec również należy, że w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych zawarto podstawowe normy prawne dotyczące udzielania zamówień publicznych, które państwa członkowskie wspólnoty europejskiej zobowiązane były zaimplementować do przepisów krajowych. W tym w art. 19 ust. 2 i 3 dyrektywy zawarto regulacje dotyczące udziału konsorcjum w postępowaniach przetargowych. Zgodnie z regulacjami unijnymi grupy wykonawców mogą brać udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dowolnej formie prawnej. To, w jaki sposób konsorcjanci wezmą udział w przetargu nie może być narzucone przez instytucję zamawiającą lub państwo członkowskie. W świetle dyrektywy wystarczające jest zatem wspólne złożenie wniosku lub oferty, bez określenia formuły prawnej kooperacji. Uściślenie zasad współpracy konsorcjantów może być wymagane na podstawie odrębnych przepisów prawa obowiązującego w państwach - członkach wspólnoty. Ponadto przepisy dyrektywy pozwalają określić zamawiającemu szczególny sposób spełnienia warunków udziału w postępowaniu

wobec wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Nie należy jednak tego rozumieć poprzez przyznanie zamawiającemu prawa do wprowadzenia innych warunków ponad te, które dotyczą wykonawców biorących udział w przetargu pojedynczo. Dodatkowo, zgodnie z art. 19 ust. 2 dyrektywy, zamawiający może określić dla konsorcjum odmienne od nakładanych na pojedynczych uczestników warunki realizacji zamówienia. Niemniej jednak sprecyzowanie szczególnych zasad realizacji kontraktu musi być obiektywnie uzasadnione i proporcjonalne.

Przepisy ustawy Pzp nie wprowadziły legalnej definicji konsorcjum, nie użyto w niej także słowa „konsorcjum”. Nie oznacza to jednak, że w przepisach krajowych brakuje jakiegokolwiek regulacji dotyczącej wspólnego udziału wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 23 ustawy Pzp w przypadku gdy wykonawcy zdecydują się na wspólny udział w postępowaniu przetargowym, muszą określić swojego pełnomocnika. Oznacza to, że w ofercie powinni przedłożyć zamawiającemu dokument, z którego wynika, kto oraz w jakim zakresie reprezentuje daną grupę wykonawców. Z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp wynika z kolei, iż do każdego z osobna podmiotu wchodzącego w skład konsorcjum stosuje się przepisy dotyczące wykonawcy. Innymi słowy, każdy z członków konsorcjum oddzielnie musi wykazać brak podstaw wykluczenia z postępowania przetargowego. Ponadto zamawiający może przed podpisaniem umowy żądać przedłożenia dokumentu regulującego współpracę podmiotów wchodzących w skład konsorcjum, co wynika z treści przepisu art. 23 ust. 4 Pzp. Nowela ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r. wprowadziła dwie dodatkowe regulacje odnoszące się do konsorcjów, których treść została zaimplementowana wprost z dyrektywy. Jednym z nich jest art. 23 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający może określić szczególny sposób spełnienia warunków udziału w postępowaniu w przypadku wspólnego ubiegania się wykonawców o zamówienie. Drugi dodany do ustawy Pzp przepis zawarty w art. 23 ust. 6. Pozwala on określić konsorcjum szczególne warunki realizacji kontraktu. Każdorazowo korzystając z nowo dodanych do art. 23 przepisów, zamawiający winien posiadać uzasadnienie, a określenie szczególnych warunków udziału w postępowaniu lub odmiennego sposobu realizacji kontraktu musi być także proporcjonalne.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy Izba wzięła pod uwagę, że przedmiotowy zapis, który zamawiający wprowadził do treści wzoru umowy może powodować ograniczenie w zakresie, w jakim uniemożliwia on ubieganie się o zamówienie grupie wykonawców „mniejszych”, których wartość sprzedaży nie przekroczyła w poprzednim roku podatkowym łącznie kwoty 200 tys. Odwołujący podkreślał, że ma zamiar ubiegać się o to zamówienie w takiej właśnie formule. Tym samym przedmiotowe wymaganie spowoduje, że nie będzie mógł on ubiegać się o to zamówienie. W konsekwencji zapisami projektu umowy zamawiający wprowadził dodatkowe ograniczenie odnoszące się do wspólnego ubiegania się

o zamówienie grupy wykonawców, co nie znajduje oparcia w cytowanych powyżej przepisach dyrektywy i ustawy Pzp.

Odnosząc się do argumentacji zamawiającego, że przedmiotowy zapis jest uzasadniony, mając na uwadze warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie w jakim wymagał on w SIWZ, aby ubiegający się o zamówienie wykazali się realizacją usług o wartości (łącznie) większej niż wymagane przepisami ustawy o VAT 200 tys. zł, Izba zwraca uwagę, że w zakresie przedmiotowego wymagania zamawiający zapisał, iż w przypadku gdy wykonawcy będą wspólnie ubiegać się o zamówienie - warunki udziału w postępowaniu mogą spełniać łącznie. Tym samym pomimo, że zamawiający nie ograniczył w żaden sposób możliwości ubiegania się o zamówienie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie i nie sprecyzował dodatkowych wymagań co do tego w jaki sposób grupa wykonawców wykazać musi spełnienia warunków udziału w postępowaniu - wprowadzając zapis, że wykonawca musi złożyć oświadczenie, że jest płatnikiem podatku VAT - wpływa na możliwość złożenia oferty przez grupę mniejszych podmiotów. Zamawiający sam przyznał na rozprawie, że jego celem jest wyeliminowanie podmiotów, które nie będą w stanie zrealizować zamówienia, które jest skomplikowane przedmiotowo i znacznej wartości. To jednak powinno być przez zamawiającego osiągnięte nie poprzez wprowadzanie zapisów ograniczających udział mniejszych wykonawców, ale poprzez takie konstruowanie warunków udziału w postępowaniu, które zapewnią realizację zamówienia przez podmioty zdolne do jego wykonania.

Odwołujący z kolei przyznał, że mówiąc o konsorcjum ma na myśli taką jego konstrukcję, że kilkadziesiąt podmiotów będzie wspólnie realizować zamówienie. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniami zamawiającego, że taka formuła zaburza konkurencję, albowiem ma ona wyłącznie na celu obejście, czy też wykorzystanie przepisów o możliwości ubiegania się o zamówienie w ramach konsorcjum. W tym wypadku zostanie ono, w jego przekonaniu, zawiązane jedynie w celu uzyskania przewagi nad innymi wykonawcami, albowiem kilkadziesiąt podmiotów wystawi faktury nie naliczając podatku i będzie w ten sposób mogło skutecznie konkurować z innym wykonawcą, który jest zarejestrowany jako podatnik VAT. Izba zwraca uwagę, że wbrew opinii zamawiającego formuła taka jest dopuszczalna w świetle przepisów ustawy Pzp. Z kolei kwestię kto jest podatnikiem podatku VAT - regulują przepisy ustawy o VAT, a więc to przepisy ustawy o VAT wskazują kto może złożyć stosowne oświadczenie. Nie sposób zatem przypisać odwołującemu, że ma zamiar działać w celu omięcia obowiązujących przepisów.

Wobec powyższych ustaleń, Izba stwierdziła, że zamawiający nie był uprawniony do wprowadzenia kwestionowanych w odwołaniu postanowień projektu umowy i nakazała dokonanie modyfikacji ww. dokumentów zgodnie z żądaniami odwołującego, tj. wykreślenie spornych postanowień, o czym, orzeczono w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1).

Przewodniczący: