

WYROK
z dnia 10 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2021 r. przez wykonawcę **J. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PB Tenders J. P., ul. Kotomierska 1, 85-568 Bydgoszcz,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Akademia Pomorska w Słupsku, ul. Arciszewskiego 22a, 76-200 Słupsk,**

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego: J. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PB Tenders J. P., na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Akademię Pomorską w Słupsku, ul. Arciszewskiego 22a, 76-200 Słupsk, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego: Akademia Pomorska w Słupsku, ul. Arciszewskiego 22a, 76-200 Słupsk, na rzecz odwołującego: J. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PB Tenders J. P., ul. Kotomierska 1, 85-568 Bydgoszcz, kwotę 11 727 zł 30 gr (jedenaście tysięcy siedemset dwadzieścia siedem złotych trzydzieści groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczonych wpisu od odwołania, kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Akademia Pomorska w Słupsku, ul. Arciszewskiego 22a, 76-200 Słupsk, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa mebli i wyposażenia pomieszczeń Auli Wielofunkcyjnej Akademii Pomorskiej w Słupsku”, nr referencyjny: 08/PN/2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27.08.2021 r., nr 2021/BZP 00161926/01.

Pismem z dnia 28.10.2021 r. zamawiający poinformował m.in. o odrzuceniu oferty wykonawcy J. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PB Tenders J. P., ul. Kotomierska 1, 85-568 Bydgoszcz (dalej: „odwołujący”).

W dniu 02.11.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 7 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp” w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2020 poz. 1913 ze zm.), zwanej dalej: „uznk”, poprzez bezpodstawne uznanie, że treść oferty odwołującego jest niezgodna z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług oraz że oferta odwołującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, podczas gdy złożenie oferty odwołującego nie jest sprzeczne z prawem ani dobrymi obyczajami, ani też odwołujący nie oferował sprzedaży żadnych produktów poniżej kosztów ich wytworzenia.

W szczególności odwołujący wskazał, co następuje.

„2. W dniu 7 października 2021 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z żądaniem złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny (było to ponowne wezwanie, już po złożeniu przez Odwołującego wyjaśnień w dniu 1 października 2021 r.), które de facto było wezwaniem do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 PZP. Wątpliwości Zamawiającego wzbudziła cena jednej z pozycji Formularza Asortymentowo-Ilościowego (załącznik nr 2 formularza ofertowego) – poz. 22 Kwiaty żywe Zamiokulkas zamiolistny, którą Odwołujący wycenił na kwotę netto 39.990,00 zł (2.666,00 zł za sztukę). Jak wskazał Zamawiający, zaoferowana cena w tym zakresie wydała się jemu rażąco wysoka w stosunku do cen, jakie występują powszechnie na rynku sprzedaży. Zamawiający powziął też wątpliwości, czy wykonawca nie „przerzuca kosztów podatku VAT” z jednych części zamówienia na inne.

3. W tym miejscu trzeba podkreślić, że przepisy PZP nie znają pojęcia „ceny rażąco wysokiej” ani nie przewidują odrzucenia oferty na tej podstawie. Zarzut ten jest tym bardziej

chybiony, że Odwołujący złożył ofertę najkorzystniejszą cenowo w Postępowaniu. W wyjaśnieniach z dnia 1 października i z dnia 11 października 2021 r. Odwołujący szczegółowo wyjaśnił zaoferowaną cenę i udowodnił, że cena każdej z pozycji zaoferowanych Zamawiającemu pokrywa koszty wykonania zamówienia i przewiduje marżę ustaloną przez Odwołującego. Zamawiający powyższe wyjaśnienia zaakceptował o czym świadczy fakt, że w podstawach odrzucenia oferty nie znalazł się art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP.

4. W wyjaśnieniach z dnia 11 października 2021 r. Odwołujący podał, że cena zakupu jednego kwiatu nie jest jedynym kosztem w jednostkowej pozycji 22. Do ceny zakupu należy doliczyć jeszcze koszty przetransportowania w określonych warunkach do magazynu, utrzymania w magazynie, przetransportowania w określonych warunkach do Zamawiającego, przesadzenia do doniczek, gwarancji. Według szacunków Odwołującego, jest to pozycja ofertowa, która wiąże się dla niego z największym ryzykiem. Odwołujący prowadzi swoją działalność przede wszystkim w zakresie produkcji i sprzedaży mebli i wyposażenia meblowego. Nie realizował do tej pory zamówień na dostawę kwiatów i dlatego zakłada, że mogą wystąpić dodatkowe koszty związane z tą częścią zamówienia. Kwiaty łatwo mogą ulec uszkodzeniu w transporcie, podczas przechowywania i przesadzania, są wrażliwe na warunki przechowywania i wymagają wykonania dodatkowych prac. Ich transport również wymaga szczególnych warunków, a niewłaściwe się z nimi obchodzenie może odbić się na walorach estetycznych. Odwołujący nie jest specjalistą w dziedzinie florystki, planując należycie zrealizować zamówienie w sposób, który spełni oczekiwania Zamawiającego, musiał zatem liczyć się z tym, że poniesie dodatkowe koszty realizacji zamówienia, np. wymiany kwiatów zniszczonych podczas magazynowania i transportu lub niespełniających oczekiwań Zamawiającego. Odwołujący zachował się zatem jak racjonalny i odpowiedzialny przedsiębiorca, wskazując cenę na poziomie, który gwarantuje możliwość należytej realizacji zamówienia i osiągnięcia zysku. (...)

6. Zamawiający zdaje się odwracać cel, jakiemu służą wyjaśnienia ceny rażąco niskiej, w których Odwołujący wskazał na koszt jednostkowy zakupu kwiatu. Celem wyjaśnień było udowodnienie Zamawiającemu, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, w szczególności dzięki temu, że Odwołujący uwzględnił wszystkie koszty realizacji zamówienia w cenie ofertowej, a nie było wykazanie, że koszty dostawy kwiatów są bliskie ich cenie. W związku z tym Odwołujący przedłożył jedną z posiadanych ofert na zakup kwiatów – najtańszą z nich. Odwołujący dysponuje także ofertami droższymi. (...)

10. Niezrozumiałe pozostaje, na czym miałyby polegać „przerzucanie kosztów podatku VAT z jednych części na inne części zamówienia”. Przerzucanie kosztów miałyby polegać na nie uwzględnieniu ich tam, gdzie być powinny, za to uwzględnienie ich w innej pozycji. Zamawiający nie wskazał, ani tym bardziej nie wykazał, skąd Odwołujący rzekomo „przerzucił koszty podatku VAT” do pozycji 22 Formularza asortymentowościowego.

Odwołujący wykazał w wyjaśnieniach, że zaoferowana dla każdej pozycji cena pokrywa koszty jej należytej realizacji oraz zapewnia zysk. W formularzu została wskazana cena netto, stawka VAT i cena brutto. Zamawiający nie kwestionuje żadnej innej pozycji formularza, ani wskazane stawki VAT czy też wyliczonej na tej podstawie ceny brutto. Nie miało zatem niewątpliwie miejsca „przerzucenie kosztów VAT”, gdyż w żadnej innej pozycji tych kosztów nie brakuje. Co więcej, VAT na fakturze sprzedaży nie jest kosztem ponoszonym przez sprzedawcę. Sprzedawca jest płatnikiem VAT, ale jest to koszt ponoszony przez kupującego, doliczony na fakturze na do ceny netto, więc dla sprzedającego jest neutralny.

11. Złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ZNK, jeśli przedsiębiorca działa niezgodnie ze szczegółowo opisaną normą prawną lub wynikającymi z klauzuli generalnej dobrymi obyczajami i w celu utrudnienia innym podmiotom dostępu do rynku (zamówienia). W uzasadnieniu odrzucenia oferty, Zamawiający wskazał art. 5 i art. 41 ust. ustawy o VAT jako przepisy, które rzekomo miał naruszyć Odwołujący. Co istotne, Zamawiający nie wskazał na naruszenie dobrych obyczajów (co oczywiście zdaniem Odwołującego i tak nie miało miejsca), ale na nieskonkretyzowane przepisy ustawy o VAT. W uzasadnieniu Zamawiającego zabrakło jednak wyjaśnienia, którą dokładnie normę prawną miał naruszyć Odwołujący.

12. Art. 5 ustawy o VAT określa wykaz czynności podlegających opodatkowaniu VAT, tj. przedmiotowy zakres opodatkowania podatkiem od towarów i usług. Zamawiający nie wskazał na konkretne postanowienia tego przepisu ani też nie wyjaśnił, w jaki sposób Odwołujący miałby naruszyć ten przepis. Wyliczył on bowiem i wskazał w swojej ofercie stawkę podatku od towarów i usług zgodnie z obowiązującymi przepisami, w tym zgodnie z art. 5 ustawy o VAT.

13. Z kolei art. 41 ust. 1 pkt 1 ustawy o VAT określa obowiązującą stawką podatku VAT. Również i ten przepis nie został przez Odwołującego naruszony. Zastosował on stawki podatku w wysokości 22 % i 8 % i zastosowanych stawek Zamawiający nie kwestionował.

14. W związku z powyższym trudno nawet przeprowadzić rzetelną polemikę z wywodami Zamawiającego. Nie istnieje bowiem przepis ustawy o VAT, który naruszył Odwołujący, a z pewnością nie są to przepisy art. 5 ani art. 41 ust. 1 ustawy o VAT. W ocenie Odwołującego, w uzasadnieniu odrzucenia oferty brakuje wystarczającego wskazania podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia, co z kolei przesądza o braku realnych podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego. (...)

17. Jak już wykazano powyżej, niezasadne jest stanowisko Zamawiającego w zakresie rzekomego złożenia oferty przez Odwołującego w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 15 ust. 1 pkt 1 ZNK. Należy więc przeanalizować drugi przepis wskazany przez Zamawiającego, tj. art. 3 ust. 1 ZNK.

18. Z czynem nieuczciwej konkurencji w myśl wskazanego przepisu możemy mieć do czynienia wyłącznie wtedy, gdy działanie sprzeczne jest z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jeśli więc – jak już wskazano powyżej – oferta Odwołującego jest zgodna ze wskazanymi przez Zamawiającego przepisami ustawy o VAT, to nie można działania Odwołującego uznać za czyn nieuczciwej konkurencji. Należy przy tym dodać, że z uzasadnienia odrzucenia oferty wynika jednoznacznie, że czynu nieuczciwej konkurencji Zamawiający upatruje w naruszeniu wymienionych przez siebie przepisów ustawy o VAT. W związku z tym na obecnym etapie postępowania Zamawiający nie może już tej podstawy zmieniać ani formułować dodatkowych zarzutów pod adresem Odwołującego.”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) dokonania powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Pismem z dnia 04.11.2021 r. wykonawca Tronus Polska sp. z o.o., ul. Ordona 2A, 01-237 Warszawa zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego. Wykonawca nie wskazał strony, do której przystępuje, a ponadto nie dołączył do ww. pisma dokumentu, z którego wynikałoby umocowanie osoby podpisującej ww. pismo do działania w imieniu tegoż wykonawcy. Z uwagi na powyższe, Izba stwierdziła, że przystąpienie nie zostało dokonane skutecznie i nie dopuściła ww. wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze jego uczestnika.

Pismem z dnia 09.11.2021 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa wraz z rozmieszczeniem i montażem mebli oraz wyposażenia pomieszczeń Auli Wielofunkcyjnej Akademii Pomorskiej w Słupsku. W ramach realizacji zamówienia wykonawca jest zobowiązany do zrealizowania usług towarzyszących (np. transport, ubezpieczenie na czas transportu, załadunek, rozładunek itp.) niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia. W zakres przedmiotu zamówienia wchodzi m.in. dostawa kwiatu żywego doniczkowego: Zamiokulkas zamiolistny, wysokość minimum 60 cm (15 sztuk).

Wartość szacunkowa zamówienia wynosi 302.416,93 zł netto. Złożono trzy oferty. Oferta odwołującego, z ceną 262 739,00 zł netto (317 170,47 zł brutto), jest ofertą najtańszą. Wartość pozycji dotyczącej 15 sztuk kwiatu Zamiokulkas zamiolistny wynosi w tej ofercie 39.990,00 zł netto (43.189,20 zł brutto), tj. 2.666,00 zł netto za sztukę.

Pismem z dnia 28.09.2021 r. zamawiający wezwał odwołującego, na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty.

Pismem z dnia 01.10.2021 r. odwołujący udzielił odpowiedzi, której treść zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 07.10.2021 r. zamawiający wezwał odwołującego, na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 266 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty, gdyż zamawiającemu wydawała się ona rażąco niska w zakresie czterech pozycji (nr 67, 68, 69 i 101) dotyczących m.in. zabudowy mebli.

Dodatkowo w tym samym piśmie, na podstawie art. 223 ust. 1 w zw. z art. 266 ustawy Pzp, zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień i dowodów, ponieważ cena za kwiat Zamiokulkas zamiolistny wydawała mu się rażąco wysoka. Zamawiający wskazał, że „z karty katalogowej przedstawionej przez wykonawcę wynika, że cena oferowanego kwiatu wynosi 55.99 PLN za szt. Zamawiający informuje, że ww. żądane informacje są niezbędne do zbadania czy kalkulując cenę za wykonanie całego przedmiotu Zamówienie Wykonawca nie przerzuca kosztów podatku VAT z jednych części na inne części zamówienia, co może stanowić naruszenie ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług oraz zbadania, czy złożenie oferty nastąpiło w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.

Pismem z dnia 11.10.2021 r. odwołujący udzielił odpowiedzi, której treść zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 28.10.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu m.in. oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 7 ustawy Pzp, jako niezgodnej z przepisami ustawy i złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. W uzasadnieniu zamawiający wskazał w szczególności, że odwołujący nie wykazał, „że koszty kwiatów są rzeczywiste to znaczy, że na tę kwotę 43.189,20 PLN składają się koszty dostawy, rozmieszczenia i zamontowania, tj. koszty zakupu rośliny, jej przetransportowania w określonych warunkach do magazynu, utrzymania w magazynie, przetransportowania w określonych warunkach do Zamawiającego, przesadzenia do doniczek, gwarancji oraz wszelkie inne pozostałe koszty niezbędne do zrealizowania umowy

w danym zakresie i koszty te wynoszą 42 234,35 PLN. Zamawiający po dokonaniu oceny ww. wyjaśnień nie uznał ich za wiarygodne. W szczególności Zamawiający na podstawie cen jednostkowych ww. asortymentu z innych ofert jakie złożono tym postępowaniu oraz cen dostępnych na rynku (ceny oferowanych kwiatów nie przekraczają 100 PLN) uznał, że wskazane koszty rozmieszczenia i zamontowania, tj. koszty zakupu rośliny, jej przetransportowania w określonych warunkach do magazynu, utrzymania w magazynie, przetransportowania w określonych warunkach do Zamawiającego są rażąco zawyżone w istocie mają na celu przerzucenie kosztów podatku VAT z jednych części na inne części zamówienia, co stanowi naruszenie art. 5 i art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług i jednocześnie stanowi złożenie oferty w warunkach czynu z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ww. przepisu jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Czynem nieuczciwej konkurencji jest również naruszanie interesów innych wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego poprzez zaniżanie ceny ofertowej w wyniku zaniżenia wysokości podatku od towarów i usług”.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 i 7 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 3) jest niezgodna z przepisami ustawy,
- 7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk:

1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:

1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Zgodnie z art. 5 ust. 1, 4 i 5 ustawy o podatku od towarów i usług (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 685 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą VAT”:

1. Opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług, zwanym dalej "podatkiem", podlegają:

- 1) odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju;
- 2) eksport towarów;
- 3) import towarów na terytorium kraju;
- 4) wewnątrzwspólnotowe nabycie towarów za wynagrodzeniem na terytorium kraju;
- 5) wewnątrzwspólnotowa dostawa towarów.

4. W przypadku wystąpienia nadużycia prawa dokonane czynności, o których mowa w ust. 1, wywołują jedynie takie skutki podatkowe, jakie miałyby miejsce w przypadku odtworzenia sytuacji, która istniałaby w braku czynności stanowiących nadużycie prawa.

5. Przez nadużycie prawa rozumie się dokonanie czynności, o których mowa w ust. 1, w ramach transakcji, która pomimo spełnienia warunków formalnych ustanowionych w przepisach ustawy, miała zasadniczo na celu osiągnięcie korzyści podatkowych, których przyznanie byłoby sprzeczne z celem, któremu służą te przepisy.

Zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy VAT:

1. Stawka podatku wynosi 22%, z zastrzeżeniem ust. 2-12c, art. 83, art. 119 ust. 7, art. 120 ust. 2 i 3, art. 122 i art. 129 ust. 1.

Odnosząc się do pierwszej z podstaw prawnych wskazanych przez zamawiającego jako podstawa odrzucenia oferty odwołującego, tj. do art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, należy stwierdzić, że użyte w tym przepisie słowo „ustawy” nie oznacza jakiegokolwiek ustawy, ale oznacza ustawę Prawo zamówień publicznych. Tym samym, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, oferta podlega odrzuceniu, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp lub przepisami aktów wykonawczych wydanych jej podstawie, nie zaś z przepisami innych ustaw. Odniesienie do innych aktów prawnych znajduje się dopiero w art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, w którym ustawodawca przewidział odrzucenie oferty z powodu jej nieważności na podstawie odrębnych przepisów (por. wyrok z dnia 05.02.2021 r. o sygn. akt KIO 82/21). Powyższe prowadzi do wniosku, że ewentualne naruszenie przez odwołującego przepisów ustawy VAT nie stanowi podstawy do odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (może być co najwyżej przedmiotem postępowania organów kontroli skarbowej). Wobec powyższego zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp został uznany za zasadny.

Odnosząc się z kolei do drugiej z podstaw odrzucenia oferty odwołującego, tj. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, przede wszystkim należy podkreślić, że Izba ocenia zasadność odrzucenia oferty w świetle uzasadnienia, jakie zamawiający podał w piśmie informującym o odrzuceniu. Nie może bowiem być tak, że wykonawca dopiero w toku postępowania odwoławczego dowiaduje się, jakie są faktyczne powody odrzucenia jego oferty, gdyż uniemożliwiłoby mu to sformułowanie właściwych zarzutów w odwołaniu i przygotowanie się do rozprawy. Potwierdza to wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., sygn. akt XXIII Ga 416/11, dotyczący instytucji wykluczenia wykonawcy w oparciu o przepisy ustawy Pzp z 2004 r., ale zachowujący swoją aktualność i adekwatność w przedmiotowej sprawie. W wyroku tym stwierdzono, że skoro odwołujący jest związany zarzutami zawartymi w odwołaniu, to również zamawiający jest związany podstawą faktyczną decyzji, od której to odwołanie wniesiono, zaś dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez zamawiającego uniemożliwiłoby odwołującemu przedstawienie zarzutów co do tych nowych okoliczności.

W związku z powyższym należy zauważyć, że zamawiający dopiero na rozprawie wskazał, że jego zdaniem odwołujący zaniżył ceny w pozycjach 67, 68, 69 i 101 objęte stawką VAT w wysokości 23% i zawyżył cenę w pozycji 22 (kwiat) objętej stawką VAT w wysokości 8%. W ocenie zamawiającego miałyby to stanowić manipulację cenową polegającą na przerzuceniu kosztów z pozycji 67, 68, 69 i 101 do pozycji 22 i uniknięciu zapłaty wyższego podatku VAT. Niezależnie od oceny działań odwołującego w tym zakresie, przede wszystkim należy zauważyć, że powyższa argumentacja zamawiającego w ogóle nie znalazła się w piśmie z dnia 28.10.2021 r. informującym o odrzuceniu oferty odwołującego. Zamawiający w ogóle nie wskazał na pozycje 67, 68, 69 i 101, w ogóle nie wskazał na zniżenie kosztów w tych pozycjach i w ogóle nie wskazał, że koszty wykonania dostaw w tych pozycjach zostały gdziekolwiek przerzucone. Jest to istotne również w tym kontekście, że zamawiający wzywał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie cen w ww. pozycjach, co oznacza, że dokonał badania tych pozycji pod kątem rażąco niskiej ceny. Brak wskazania w piśmie informującym o odrzuceniu oferty kwestii zniżenia cen w ww. pozycjach i brak wskazania jako podstawy odrzucenia oferty art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, świadczy o tym, że zamawiający uznał ceny w tych pozycjach za realne i skalkulowane prawidłowo. Podnoszenie zatem dopiero na rozprawie, że ceny w pozycjach 67, 68, 69 i 101 zostały przez odwołującego zniżone jest, po pierwsze, działaniem spóźnionym, po drugie zaś, działaniem sprzecznym z treścią pisma z dnia 28.10.2021 r. Z tego względu ww. argumentacja zamawiającego nie może zostać uznana za uzasadniającą odrzucenie oferty.

W piśmie z dnia 28.10.2021 r. wskazał jedynie, że koszty pozycji 22 „są rażąco zawyżone w istocie mają na celu przerzucenie kosztów podatku VAT z jednych części na inne części zamówienia, co stanowi naruszenie art. 5 i art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług i jednocześnie stanowi złożenie oferty w warunkach czynu z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”. Zamawiający ograniczył się zatem do wskazania, że doszło do zawyżenia ceny w pozycji 22 w celu przerzucenia kosztów podatku VAT.

W związku z tym należy wskazać, że jeżeli zamawiający nie ustali w swz sposobu obliczenia ceny oferty, wykonawcy mogą dokonywać kalkulacji ceny w wybrany przez siebie sposób. W niniejszej sprawie zamawiający wskazał w swz jedynie, że wykonawcy zobowiązani są uwzględnić w cenie oferty koszt usług towarzyszących (np. transport, ubezpieczenie na czas transportu, załadunek, rozładunek itp.) i odwołujący się do tego dostosował, o czym świadczy treść jego wyjaśnień. W pozostałym zakresie wykonawcy mogli więc skalkulować cenę oferty w odpowiedni dla siebie sposób. Samo zawyżenie ceny oferty odwołującego w pozycji 22 dotyczącej dostawy kwiatów (przy czym odwołujący twierdzi, że do zawyżenia nie doszło) nie świadczy o manipulacji cenowej uzasadniającej odrzucenie jego oferty jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Po pierwsze, dominujące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, przy dokonaniu każdorazowo indywidualnej oceny konkretnego stanu faktycznego, przyjmuje co do zasady, że do manipulacji cenowej dochodzi w przypadku zaniżania cen w jednych pozycjach i zawyżania w innych. Natomiast w tej sprawie zamawiający nie wskazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty, że doszło do zaniżenia kosztów jakichkolwiek pozycji. Po drugie, nie zachodzi przypadek z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, gdyż przepis ten dotyczy sprzedaży towarów poniżej kosztów ich wytworzenia, podczas gdy w przedmiotowej sprawie zamawiający zarzuca nie zaniżenie, tylko zawyżenie ceny pozycji 22. Po trzecie, w myśl art. 3 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami. Zamawiający nie wskazał, na czym polega sprzeczność zawyżenia ceny oferty w pozycji 22 ani z dobrymi obyczajami, ani z prawem, w tym z ustawą VAT. Izba nie znajduje też podstaw do stwierdzenia takiej sprzeczności z art. 5 i art. 41 ust. 1 ustawy VAT, które zostały wskazane w piśmie z dnia 28.10.2021 r., ponieważ dostawa kwiatu została przez odwołującego objęta podatkiem VAT i wskazał on właściwą w tym zakresie stawkę (8%), czego zamawiający nie kwestionuje. Być może chodzi o art. 5 ust. 5 ustawy VAT, ale zamawiający nie skonkretyzował tego w piśmie z dnia 28.10.2021 r. i nie wskazał, na czym naruszenie tego przepisu miałoby polegać. Wobec powyższego zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp został uznany za zasadny.

Podsumowując, należy stwierdzić, że powody wskazane przez zamawiającego w piśmie z dnia 28.10.2021 r. nie uzasadniają odrzucenia oferty odwołującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 3 i 7 ustawy Pzp. Powody wskazane zaś na rozprawie nie mogą zostać przez Izbę uwzględnione, gdyż stanowiłoby to niedopuszczalne rozszerzenie podstaw odrzucenia oferty dopiero w postępowaniu odwoławczym.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.).

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska stron przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych. Izba dopuściła dowód z korespondencji mailowej odwołującego z innym wykonawcą przedstawiony na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Do kosztów zasądzonych na rzecz odwołującego Izba wliczyła koszt wpisu od odwołania (7.500 zł), koszt wynagrodzenia pełnomocnika (3.600 zł) oraz koszt dojazdu na rozprawę (627,30 zł).

Przewodniczący