

Sygn. akt: KIO 309/15

WYROK
z dnia 3 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Członkowie: Anna Chudzik

Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 marca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lutego 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Biuro Pracy Tymczasowej sp. z o.o. 13 sp. k. w Warszawie** oraz **Outworking Rekrutacja sp. z o.o. 11 sp. k. w Poznaniu**

przy udziale wykonawcy **FallWork sp. z o.o. w Poznaniu** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

w postępowaniu prowadzonym przez **Sąd Rejonowy w Pruszkowie**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Biuro Pracy Tymczasowej sp. z o.o. 13 sp. k. w Warszawie** oraz **Outworking Rekrutacja sp. z o.o. 11 sp. k. w Poznaniu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Biuro Pracy Tymczasowej sp. z o.o. 13 sp. k. w Warszawie** oraz **Outworking Rekrutacja sp. z o.o. 11 sp. k. w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania,

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Sąd Rejonowy w Pruszkowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „świadczenie usługi polegającej na skierowaniu 12 pracowników tymczasowych do pracy na rzecz Sądu Rejonowego w Pruszkowie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 stycznia 2015 r., poz. 17230.

W dniu 11 lutego 2015 r. zamawiający zawiadomił wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Biuro Pracy Tymczasowej sp. z o.o. 13 sp. k. w Warszawie oraz Outworking Rekrutacja sp. z o.o. 11 sp. k. w Poznaniu, zwanych dalej „odwołującym”, o odrzuceniu złożonej przez nich oferty.

Wobec czynności odrzucenia złożonej przez siebie oferty odwołujący wniósł w dniu 16 lutego 2015 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez uznanie, że oferta odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, skutkujące jej odrzuceniem.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty,
- 2) powtórzenia czynności badania ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł także o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego oraz o zasądzenie na rzecz odwołującego zwrotu uzasadnionych oraz udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu, w tym kosztów zastępstwa.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że jego działanie nie spełnia definicji czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: uznk). Zdaniem odwołującego o powyższym świadczy argumentacja zamawiającego. Zamawiający przyznał, że przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty zbadał nie tylko dokumenty złożone w przedmiotowym postępowaniu, ale również zebrał dane dotyczące analogicznych postępowań i tożsamego przedmiotu zamówienia. Na decyzję zamawiającego istotny wpływ miała więc wiedza o działaniach innych pomiotów. Tymczasem wszelkie rozstrzygnięcia powinny być dokonywane w oparciu o zindywidualizowany stan faktyczny konkretnego przypadku. Wskazał, że poza kognicją

Izby pozostaje ocena wszelkich działań przedsiębiorcy, niemieszczących się w zakresie „złożenia oferty”, które należy kwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji. W tym zakresie pozostaje właściwy Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Odwołujący nie zgadzał się ze stanowiskiem zamawiającego, jakoby miał wykorzystywać sztuczne struktury prawne do uzyskania zwolnień podmiotowych z podatku od towarów i usług. Wskazywał, że zamawiający nie zdefiniował pojęcia „sztucznych struktur prawnych”. Konsorcjum odwołującego składa się z przewidzianych i dozwolonych prawem spółek komandytowych. Spółki te zawarły także dozwoloną prawem umowę konsorcjum.

Odwołujący argumentował, że nie jest prawdą stwierdzenie zamawiającego, że w tego rodzaju postępowaniach wykonawcy konkurują wyłącznie wysokością marży. Wykonawcy konkurują wysokością ustawowych kosztów pracy bowiem w zależności od właściwości wykonawców mogą oni płacić różne składki na PFRON, różne składki na ubezpieczenie wypadkowe. Wykonawcy mogą konkurować wysokością podatku VAT ponieważ mogą przysługiwać im zwolnienia, mogą rozliczać się tzw. strukturą, wobec czego wysokość VAT należnego będzie się różnić. Wykonawcy konkurują także wysokością marży. Mogą również otrzymywać pomoc publiczną. Nie ulega wątpliwości, że każda składowa ceny na istotny wpływ na kalkulację oferty. Gdyby podatek VAT miał być, tak jak chce zamawiający, wartością stałą dla wszystkich wykonawców, ustawodawca dopuściłby możliwość ustalenia ceny netto jako kryterium oceny ofert. Ustawa jednak na to zdecydowanie nie zezwała, właśnie po to, aby umożliwić konkurowanie ceną jako całością.

Odwołujący wywodził, że nie można zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, jakoby działanie odwołującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na wymuszaniu na zamawiającym wyboru oferty odwołującego. Przepisy ustawy Pzp wymuszają bowiem na zamawiającym wybór oferty najkorzystniejszej według obiektywnych kryteriów, a nie swobodnego uznania.

Zdaniem odwołującego, niezasadne jest powoływanie się przez zamawiającego na przepisy ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: ustawa okik) w celu uzasadnienia odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Ustawa Pzp, w artykule 89 ust. 1 pkt 3 przewiduje możliwość odrzucenia oferty jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Artykuł ten powołuje się zatem na przepisy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie wspomina zaś o ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. Argumentował, że konsorcjum jest formą porozumienia między przedsiębiorcami, nie jest to jednak porozumienie zakazane. Zamawiający błędnie zakłada, że skutkiem takiego porozumienia jest ograniczenie dostępu do rynku lub eliminowanie z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem. Skutek jest wręcz odwrotny, tj. zwiększenie konkurencyjności ze względu na obniżenie cen usług. Z tego względu z uwagi na wyłączenia z art. 8 ustawy okik

porozumienie takie nie jest niedozwolone. Takie stanowisko jest nieprawidłowe bowiem w warunkach wolnej gospodarki rynkowej każde zachowanie przedsiębiorcy, które nie jest reglamentowane prawem bezwzględnie obowiązującym, jest prawnie dopuszczalne.

Według odwołującego, zamiar pozyskania zamówienia publicznego lub dążenie do maksymalizacji zysku to cele, które przyświecały każdemu z wykonawców składających w postępowaniu ofertę. Zmniejszanie obciążeń podatkowych jest działaniem racjonalnym i nosi nazwę optymalizacji podatkowej. Optymalizacja podatkowa to działanie legalne, które obejmuje czynności wykorzystujące odpowiednie regulacje prawne i realizowane w celu minimalizacji obciążeń podatkowych. W ramach takich działań wykorzystywane są przewidziane przez przepisy podatkowe ulgi, zwolnienia, odliczenia. W ramach optymalizacji podatkowej przeprowadzane są również czynności restrukturyzacyjne, czy też wykorzystywane są różne formy prawne prowadzenia działalności gospodarczej.

Zamawiający nie może powoływać się na plany wprowadzenia klauzuli obejścia prawa podatkowego, klauzuli, której kształtu nie zna jeszcze nawet Ministerstwo Finansów. Obecnie wszelkie zarzuty obejścia (nadużycia) prawa podatkowego pozbawione są normatywnej podstawy prawnej. Podobny charakter ma argument - odwołanie do wyroku ETS w sprawie C-255/02 Halifax. W Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską (TWE) brak przepisów, które *expressis verbis* nakazywałyby postrzegać judykaturę ETS jako źródło prawa wspólnotowego. Traktat nie czyni zatem w sposób wyraźny wyroku ETS - jako precedensu - źródłem prawa. Przeniesienie zasady nadużycia prawa do polskiego systemu podatkowego w formie koncepcji orzeczniczej może budzić pewne wątpliwości natury konstytucyjnej. Odwołujący wskazywał również na wyroki ETS, z których wynika, że podatnicy mają prawo z góry znać swoją sytuację podatkową i w tym celu polegać na samym brzmieniu przepisów dotyczących podatku VAT (sprawa C-17/01 Sudholz). Spółka Outworking sp. z o.o. sp.k. była obiektem kontroli Urzędu Kontroli Skarbowej w zakresie prawidłowości rozliczania podatku VAT, w tym przy zawieraniu umów konsorcjum dla wykonywania zamówień publicznych. Kontrola nie wykazała żadnych nieprawidłowości, ani tym bardziej naruszenia przepisów. Korzystanie z dopuszczalnego prawem zwolnienia podatkowego nie różni się co do zasady od otrzymywania pomocy publicznej, np. otrzymywania dofinansowania do płac z PFRON. Co do tej ostatniej kwestii sąd krajowy w trybie prejudycjalnym zwrócił się do Trybunału z pytaniem, czy sam fakt dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy otrzymują subsydia mogące spowodować złożenie ofert tańszych, może stanowić naruszenie zasad równego traktowania oraz konkurencji. Trybunał w odpowiedzi wskazał, że jedynie niezgodność pomocy publicznej z prawem wspólnotowym powinna powodować wykluczenie z postępowania. Tym samym, podobnie jak w polskiej ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, działanie zgodne z prawem, zdaniem ETS, nie może być kwalifikowane jako czyn naruszający konkurencję i

skutkujący koniecznością wykluczenia z postępowania lub odrzucenia oferty (Wyrok ETS z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-94/99 ARGE Gewasserschutz przeciwko Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Zb. Orz. 2000, s. 1-11037).

Odwołujący wskazał, że zamawiający na poparcie swych twierdzeń przywołał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, z których jeden (KIO 1852/14, KIO 1853/14) obejmujący dwie połączone sprawy zapadł w odmiennym stanie faktycznym, zaś drugi (KIO 2254/14) jest wyrokiem nieprawomocnym i będzie podlegał kontroli Sądu Okręgowego. Odwołujący na poparcie swoich twierdzeń powołał szereg innych wyroków Izby.

Odwołujący wywiódł, że stwierdzenie jakoby jego działanie naruszało dobre obyczaje jest dowolną oceną zamawiającego, ignorującą fakt, że korzystanie ze zwolnienia podmiotowego jest dopuszczalnym przez prawo rozwiązaniem, z którego korzysta szereg podmiotów na wielu rynkach, także w ramach zamówień publicznych. Drugim błędnym założeniem jest przeświadczenie wystąpienia skutku w postaci ograniczenia konkurencji. Analiza zamówień sprzed dwóch lat wskazuje, że ilość oferentów startujących w przetargach nie uległa zmianie.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego przystąpił wykonawca FallWork sp. z o.o. w Poznaniu. Wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego, zawiadomienie zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego kierowane do odwołującego, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron a także uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę FallWork sp. z o.o. w Poznaniu, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba postanowiła oddalić wniosek przystępującego Fall Works p. z o.o. o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp z powodu nieprzekazania zamawiającemu kopii odwołania. Przystępujący w trakcie posiedzenia Izby wywiódł, że pismo, jakie odwołujący przekazał zamawiającemu zatytułowano „zawiadomienie o niezgodności z prawem czynności zamawiającego”, a nie odwołanie. Argumentował, że zamawiający nie ma obowiązku domyślać się, czy składane mu pismo jest kopią odwołania wniesionego do Izby, czy też nie. Zdaniem przystępującego, przywołane przez niego okoliczności miały świadczyć o tym, że odwołujący nie wypełnił obowiązku przesłania zamawiającemu kopii odwołania.

Izba stwierdziła, że odwołanie wpłynęło do Prezesa Izby w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, tj. w formie, o której mowa w art. 180 ust. 4 ustawy Pzp. Stwierdzono także, że odwołanie było tożsame co do treści z pismem „zawiadomienie o niezgodności prawa czynności zamawiającego”, jakie przekazano zamawiającemu. Ponadto pismo w kształcie przekazanym zamawiającemu zostało załączone jako dodatkowy plik do odwołania wniesionego do Izby drogą elektroniczną. Zatem ewidentnie zamawiającemu przesłano kopię dokumentu, jaki otrzymała Izba.

Nie stanowiło przeszkody w rozpoznaniu odwołania nazwanie go „zawiadomieniem o niezgodności z prawem czynności zamawiającego”. Zgodnie z art. 187 ust. 3 zd. 2 ustawy Pzp, mylne oznaczenie odwołania lub inne oczywiste niedokładności nie stanowią przeszkody do nadania mu biegu i rozpoznania przez Izbę. Nie ulegało wątpliwości, że intencją odwołującego było wniesienie odwołania do Prezesa Izby, a nie pisma o charakterze sygnalizacyjnym. Było ono adresowane i wniesione do Prezesa Izby, w jego treści odwołujący nazywał swe działania odwołaniem. Ponadto odpowiadało ono wszystkim elementom konstytutywnym odwołania, o których mowa w § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r. poz. 964). W tej sytuacji Izba nie znalazła przeszkód, aby odwołanie rozpoznać.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze,

której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie rozstrzygnięcia wyniku postępowania, odrzucenie oferty wykonawcy, w sytuacji gdy oferta wybrana przez zamawiającego, na podstawie kryteriów oceny ofert, jest ofertą od niej mniej korzystną prowadzi do powstania szkody po stronie odwołującego w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia. Ustalenie, iż zamawiający odrzucił ofertę z naruszeniem przepisów ustawy, prowadziłoby do nakazania unieważnienia czynności odrzucenia i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Nie podzielono stanowiska przystępującego przedstawionego w trakcie rozprawy, jakoby zamawiający zawarł w uzasadnieniu odrzucenia dodatkową przesłankę odrzucenia oferty odwołującego, polegającą na niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ, której odwołujący nie zakwestionował. Przystępujący wskazał na fragment uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, w którym zamawiający argumentował, że lider konsorcjum odwołującego realizując usługę, na którą wystawiana byłaby comiesięcznie faktura przekraczałby pod koniec trwania umowy ustawowy limit w bieżącym roku na podstawie którego podmiot korzysta ze zwolnienia, o którym mowa w art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług. Wzięto pod uwagę, że zamawiający, pomimo ustawowego obowiązku, w swym uzasadnieniu nie powołał art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako podstawy prawnej swej decyzji. Ponadto analiza uzasadnienia nie pozwalała na jednoznaczne stwierdzenie, jakoby zdaniem zamawiającego treść oferty miała być niegodna z treścią SIWZ z przywołanego powodu. Powyższe potwierdził na rozprawie sam zamawiający. Stwierdził w sposób wyraźny, że na etapie wykonywania umowy istnieje możliwość zmiany lidera konsorcjum, a dopuszczając tę możliwość nie można wykluczyć, iż odwołujący byłby w stanie wykonać zamówienie przy stawce podatku VAT – zwolniony, również przy wymaganym przez zamawiającego sposobie fakturowania. W tej sytuacji Izba nie mogła uznać, że odwołujący nie zakwestionował którejś z podstaw odrzucenia swej oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie przez wykonawcę - agencję pracy tymczasowej usługi, polegającej na skierowaniu łącznie 12 (dwunastu) pracowników

tymczasowych zatrudnionych u wykonawcy na podstawie umowy o pracę, do pracy na rzecz Sądu Rejonowego w Pruszkowie (Rozdział II. 1.1. SIWZ).

Usługi objęte przedmiotem zamówienia opodatkowane są, co do zasady, stawką podatku od towarów i usług (VAT) w wysokości 23 % (okoliczność niesporna).

Jako kryterium oceny ofert została wskazana cena ofertowa brutto (Rozdział XI SIWZ).

Ustalono także, że zamawiający, stosownie do art. 22 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jaką muszą posiadać wykonawcy, aby ubiegać się o zamówienie. Zamawiający zastrzegł, że o zamówienie mogą ubiegać się tylko tacy wykonawcy, którzy wykażą, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonali co najmniej trzy usługi przez okres minimum 6 miesięcy o wartości nie mniejszej niż 100.000,00 złotych brutto każda, potwierdzoną referencjami (Rozdział IV pkt 1 ppkt 4 SIWZ).

Do upływu terminu składania ofert swoją ofertę złożył odwołujący, to jest wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Biuro Pracy Tymczasowej sp. z o.o. 13 sp. k. w Warszawie oraz Outworking Rekrutacja sp. z o.o. 11 sp. k. w Poznaniu (protokół postępowania).

Oferta została podpisana przez Pana R. M. - Prezesa Zarządu Biura Pracy Tymczasowej sp. z o.o., która jest komplementariuszem spółki Biuro Pracy Tymczasowej sp. z o.o. 13 sp. k. w Warszawie. Legitymował się on pełnomocnictwem podpisanym przez Pana K. K., działającego jako Prezes Zarządu Outworking Rekrutacja sp. z o.o., to jest komplementariusza Outworking Rekrutacja sp. z o.o. 11 sp. k. w Poznaniu.

Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę netto, która jest równa cenie brutto tj. 228.084,00 zł (formularz ofertowy w ofercie odwołującego s.1-2).

Do oferty załączono wyjaśnienia, w których odwołujący oświadczył, że w formularzu oferty wskazał wartość netto równą wartości brutto ponieważ konsorcjanci tj. Biuro Pracy Tymczasowej sp. z o.o. 13 sp. k. w Warszawie oraz Outworking Rekrutacja sp. z o.o. 11 sp. k. w Poznaniu, którzy będą obciążać zamawiającego tytułem wynagrodzenia za wykonanie zamówienia, nie są zarejestrowanymi, czynnymi podatnikami podatku VAT. Wyjaśnił także, że spółki te korzystają ze zwolnienia o którym mowa w art. 113 ust. 1 ust. 1 ustawy z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2011 r. nr 177 poz. 1054 ze zm.), nie przekraczając zarówno w bieżącym jak i minionym roku podatkowym obrotów powyżej wskazanego w ustawie limitu 150.000,00 zł (wyjaśnienia, s. 5 oferty odwołującego).

Ustalono także, że odwołujący wykazując warunek udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia, skorzystał z możliwości polegania na zasobach wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. W tym celu złożył zobowiązanie

do udostępnienia obu członkom konsorcjum odwołującego zasobu wiedzy i doświadczenia udzielone przez firmę Outworking Rekrutacja sp. z o.o. sp. k. w Poznaniu, w imieniu której działał Prezes Zarządu Pan K. K. (s. 6 oferty odwołującego).

Do oferty odwołujący załączył listę podmiotów należących do grupy kapitałowej Biuro Pracy Tymczasowej. Na liście tej znajduje się 17 podmiotów, w tym Biuro Pracy Tymczasowej sp. z o.o., BPT Inwestor sp. z o.o. oraz piętnaście spółek o nazwie Biuro Pracy Tymczasowej sp. z o.o. sp. k. oznaczone numerami od 1 do 15. Wszystkie podmioty posiadają ten sam adres siedziby (s. 11 oferty odwołującego).

Do oferty odwołujący załączył także listę podmiotów należących do grupy kapitałowej Outworking. Na liście tej znajduje się 36 podmiotów, w tym m.in. Outworking sp. z o.o., Outworking Rekrutacja sp. z o.o., Outworking Apt sp. z o.o., piętnaście spółek o nazwie Outworking Rekrutacja sp. z o.o. sp. k. oznaczone numerami od 1 do 15, piętnaście spółek Outworking Apt sp. z o.o. sp. k. oznaczone numerami od 1 do 15. Wszystkie podmioty posiadają ten sam adres siedziby (s. 13 oferty odwołującego).

Do oferty załączono informację odpowiadającą odpisowi aktualnemu z KRS dla spółek:

- 1) Biuro Pracy Tymczasowej sp. z o.o. 13 sp. k. w Warszawie, tj. członka konsorcjum odwołującego, z którego wynika, że spółka ta została zarejestrowana w KRS 12.08.2014 r., jej komplementariuszem jest Biuro Pracy Tymczasowej sp. z o.o., którego reprezentuje Prezes Zarządu Pan R. M.,
- 2) Biuro Pracy Tymczasowej sp. z o.o., z którego wynika, że spółka ta została zarejestrowana w KRS 21.06.2013 r., jej współnikiem i Prezesem Zarządu jest Pan R. M.,
- 3) Outworking Rekrutacja sp. z o.o. 11 sp. k. w Poznaniu, tj. członka konsorcjum odwołującego, z którego wynika, że ta została zarejestrowana w KRS 19.02.2014 r., jej komplementariuszem jest Outworking Rekrutacja sp. z o.o.,
- 4) Outworking Rekrutacja sp. z o.o., z którego wynika, że spółka ta została zarejestrowana w KRS 25.07.2012 r., jej Prezesem Zarządu jest Pan K. K. .

Ustalono także, że pismem z dnia 11 lutego 2015 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym swej czynności zamawiający poinformował, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zobowiązany jest odrzucić ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepis art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazuje, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zamawiający argumentował, że przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty zbadał nie tylko dokumenty złożone przez odwołującego w postępowaniu, w tym wyjaśnienia (str. 5 oferty)

odnośnie zastosowanej w formularzu ofertowym „wartości bez kwoty podatku VAT równej „wartości z kwotą podatku VAT”, ale również wziął pod uwagę prezentowane obecnie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące analogicznych postępowań i tożsamego przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wywiódł, że zgodnie z postanowieniami ustawy Pzp ma obowiązek wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”. W przypadku przedmiotowego postępowania cena ofertowa stanowi 100% wagi kryterium. Z uwagi na fakt, iż gwarantowane minimalne miesięczne wynagrodzenie dla danego pracownika tymczasowego jest ustalone liczbowo „na sztywno” przez zamawiającego w ust. 3 pkt 6)-8) załącznika nr 1 do SIWZ, powinno uwzględniać wskazane składniki cenotwórcze określone ust. 3 pkt 9) załącznika nr 1 do SIWZ, a podatek VAT zgodnie z ustawą o podatku od towarów i usług dla usług będących przedmiotem zamówienia wynosi 23%, to rywalizacja wykonawców o udzielenie zamówienia, zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, powinna dotyczyć marży agencji pracy tymczasowej. Konsorcjum spółek, które mogą dokonywać nieopodatkowanej sprzedaży usług nie konkuruje tak jak inni wykonawcy ceną brutto a ceną netto, bowiem poprzez powołanie grupy spółek i dobieranie ich składu na potrzeby konkretnego zamówienia może zaproponować zamawiającemu realizację przedmiotu zamówienia za cenę netto. Jednocześnie uzyskując w ten sposób przewagę w wysokości 23% ceny ofertowej konsorcjum zyskuje możliwość naliczenia na daną usługę marży w wysokości niespotykanej w tego rodzaju usługach, zapewniając sobie możliwość generowania zysku na poziomie niedostępnym dla innych wykonawców, bądź też całkowicie wyklucza ich z możliwości uzyskania zamówienia przy zastosowaniu prawidłowej stawki podatku VAT przez firmę realizującą zamówienia o rocznej wartości przekraczającej kwoty 150 000 zł (należy wskazać, iż wartość przedmiotowego zamówienia przekracza tę kwotę). Powyższe działanie nie tylko zakłóca, ale i wypacza uczciwą konkurencję, uniemożliwiając rzetelne współzawodnictwo, (por. wyrok KIO wydany w sprawie o sygn. akt 2254/14). Zamawiający wskazał, że takie działanie wypełnia także przesłanki art. 15 ust. 1 pkt 5 uznk, gdyż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, przede wszystkim poprzez działanie mające na celu wymuszenie na zamawiającym dokonania wyboru wykonawcy.

Zamawiający argumentował, że w złożonym do oferty wyjaśnieniu wskazano, iż konsorcjanci odwołującego, tj. Biuro Pracy Tymczasowej sp. z o.o. 13 sp. k. i Outworking Rekrutacja sp. z o.o. 11 sp. k., którzy będą obciążać zamawiającego tytułem wynagrodzenia za wykonanie całości zamówienia (zgodnie z faktycznie zatrudnioną liczbą pracowników) nie są zarejestrowanymi czynnie podatnikami podatku VAT. Spółki te korzystają ze zwolnienia, o którym mowa w art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i

usług (Dz. U. z 2011 r. Nr 117, poz. 1054, ze zm.), nie przekraczając zarówno w bieżącym jak i minionym roku podatkowym obrotów powyżej wskazanego w ustawie limitu 150.000,00 zł. Z załączonych do oferty oświadczeń o przynależności do grupy kapitałowej (załącznik nr 3a do SIWZ) wynika, iż do grupy kapitałowej Biura Pracy Tymczasowej sp. z o.o. 13 sp. k. należy 17 spółek, zaś do Outworking Rekrutacja sp. z o.o. 11 sp. k. należy 36 spółek. Spółki te w grupach kapitałowych, co do zasady, mają wspólne nazwy różniące się numerem porządkowym oraz wspólne adresy prowadzonej działalności. Analiza zachowania odwołującego na gruncie niniejszego postępowania skłania do stwierdzenia, iż skład konsorcjum został dobrany w taki sposób, aby zamówienie realizowały spółki, które mogą dokonywać nieopodatkowanej sprzedaży usług. Jednocześnie każda ze spółek, biorąc pod uwagę przedmiot prowadzonej działalności (przy uwzględnieniu załączonych do oferty certyfikatów o dokonaniu wpisu podmiotu do rejestru podmiotów prowadzących agencję zatrudniania wydaną przez marszałka danego województwa) mogłaby wykonywać zamówienie samodzielnie (jednak już w takim przypadku z podatkiem 23 % VAT). Jest to w ocenie zamawiającego celowe i rozmyślane działanie mające na celu pozyskanie zamówienia publicznego, wykorzystując „sztuczne struktury prawne”, dążąc do maksymalizacji zysku kosztem ograniczenia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku oraz sprzeczne z dobrymi obyczajami (tzw. uczciwość kupiecka). Spółki wchodzące w skład konsorcjum nie będące płatnikami VAT korzystają ze zwolnienia z podatku VAT co do zasady przewidzianego dla małych przedsiębiorców, de facto obsługując zamówienia, które jedna spółka nie mogłaby wykonywać korzystając z przedmiotowych zwolnień. Zamawiający wywiódł, że prezentowane przez niego stanowisko znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w następujących wyrokach: wyrok z dnia 23 września 2014 r., sygn. akt KIO 1852/14, sygn. akt KIO 1853/14, jak również wyrok KIO z dnia 17 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2254/14.

Zamawiający argumentował także, że dokonując oceny ofert musi brać pod uwagę szereg czynników, również czynniki podatkowe, w tym klauzulę nadużycia prawa. W przeciwnym razie 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 podatkowych). W ocenie zamawiającego konsorcjum przygotowując ofertę zakładało działanie w strukturze noszącej znamiona obejścia (nadużycia) prawa podatkowego celem nieuprawnionego korzystania ze zwolnienia z opodatkowania VAT, dostępnego dla drobnych przedsiębiorców. W doktrynie prawa podatkowego, orzecznictwie TSUE i sądów krajowych obowiązuje klauzula obejścia (nadużycia) prawa. Zgodnie z orzecznictwem TSUE, klauzula ta powinna mieć zastosowanie w zakresie VAT, nawet jeśli krajowe ustawodawstwo nie zawiera precyzyjnych wskazówek co do jej interpretacji i powoływania się na nią. Zamawiający wywiódł także, że klauzula

obejścia prawa funkcjonuje obecnie w dyspozycji normy prawnej art. 199 a § 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja Podatkowa (Dz. U. z 2012 r., poz.749 ze zm.), jeżeli pod pozorem dokonania czynności prawnej/podatkowej dokonano innej czynności prawnej, skutki wywodzi się z ukrytej czynności prawnej.

Zdaniem zamawiającego złożona przez konsorcjum oferta w przedmiotowym postępowaniu stanowi także zakazane porozumienie na podstawie art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz 331 ze zm.), zwanej dalej „ustawy okik”, a tym samym czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 15 ust. 1 pkt 5 uznk lub alternatywnie art. 3 ust 1 tej ustawy. Jeśli zatem celem lub skutkiem utworzenia konsorcjum przetargowego jest ograniczenie konkurencji stanowi ono zakazane porozumienie ograniczające konkurencję. Do uznania porozumienia za naruszające zakaz określony w art. 6 ust. 1 uokik wystarczy wykazanie, że porozumienie stawia sobie za cel ograniczenie konkurencji na ustalonym rynku właściwym.

W końcowej części uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego zamawiający argumentował, że należy mieć również na uwadze wyjaśnienia do treści SIWZ zamawiającego, wyrażone w odpowiedzi na pytania oferentów z dnia 28 stycznia 2015 roku. Jednoznacznie wskazano w nich, iż zamawiający wymaga, aby jedynym wystawcą faktury był lider konsorcjum (odp. 1). Zamawiający nie wyraża zgody na wystawianie przez wykonawców - członków konsorcjum reprezentowanych przez lidera konsorcjum więcej niż 1 faktury. Zgodnie z § 3 ust. 8 projektu umowy, w przypadku gdy wykonawcą jest konsorcjum płatności będą dokonywane na podstawie faktury wystawianej przez lidera konsorcjum. W świetle powyższego należy wskazać, iż realizacja zamówienia za kwotę powyżej 150 000, 00 zł (cena ofertowa wynikająca z oferty konsorcjum wynosi: 228 084, 00 zł) powoduje, iż lider konsorcjum realizując usługę, na którą wystawiana byłaby comiesięcznie faktura przekraczałaby pod koniec trwania umowy ustawowy limit w bieżącym roku na podstawie którego podmiot korzysta ze zwolnienia, o którym mowa w art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług. Ponadto, zamawiający w odpowiedzi na pyt. 3 oczekiwał uwzględnienia w cenach ofert podatku VAT, według stawki w kwocie zgodnej z obowiązującymi przepisami.

Ustalono także, że spółki z grup kapitałowych obu członków konsorcjum odwołującego są tworzone na potrzeby danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług polegających na skierowaniu pracowników tymczasowych do pracy w sądach. Celem tworzenia każdorazowo nowych spółek jest uzyskiwanie i wykonywanie zamówień przy korzystaniu ze zwolnienia podmiotowego z podatku VAT na podstawie art. 113 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, zgodnie z którym zwalnia się od podatku sprzedaż dokonywaną przez podatników, u których wartość sprzedaży nie

przekroczyła łącznie w poprzednim roku podatkowym kwoty 150 000 zł. Liczba tak dobieranych członków konsorcjum uzależniona jest od ceny ofertowej oferowanej w przetargu. Jeżeli cena ofertowa przekracza próg zwolnienia podmiotowego z VAT tj. 150 tys. zł, to występuje 2 członków konsorcjum, jeżeli 300 tys. zł – 3 członków konsorcjum, jeżeli 450 tys. zł – 4 członków konsorcjum itd. Warunki udziału w postępowaniu zwykle jest w stanie spełnić jeden spośród konsorcjantów – polegając na zasobach spółki matki w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. W każdym z postępowań każdorazowo nowe spółki z grup kapitałowych odwołującego powołują się na nowe zwolnienie z podatku VAT wynikające z art. 113 ustawy o VAT. Opisywana praktyka trwa na omawianym rynku od kilku lat. Istnieje obecnie 36 spółek o wspólnym członie nazwy Outworking, w których członkiem zarządu jest Pan K. K., albo reprezentuje on komplementariusza Outworking sp. z o.o., Outworking Rekrutacja sp. z o.o., Outworking ATP sp. z o.o., zaś komandytariuszem jest Outworking sp. z o.o. sp. k. Ponadto podmioty te wchodzi w konsorcja z nowo tworzonymi spółkami, w których członkiem zarządu i wspólnikiem lub osobą reprezentującą komplementariusza i komandytariusza jest R. M. . Istnieje obecnie 17 podmiotów o wspólnym członie nazwy Biuro Pracy Tymczasowej (okoliczność niesporna, przyznana wyraźnie na rozprawie przez odwołującego).

Na podstawie kserokopii wyniku kontroli UKS w Poznaniu odnoszącego się do podmiotu Outworking sp. z o.o. sp. k. z Poznania, który odwołujący złożył na rozprawie ustalono, że kontrolowana spółka w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego składała oferty samodzielnie lub wchodziła w skład konsorcjum w celu realizacji zamówień wspólnie z innymi podmiotami zamówienia publicznego. W wyniku tej kontroli podano, że w zakresie podatku VAT za okres kwiecień 2012 do grudnia 2013 nie stwierdzono nieprawidłowości.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stan faktyczny nie był sporny pomiędzy stronami, zaś opisany powyżej mechanizm ofertowania spółek z grup kapitałowych, do których należą członkowie konsorcjum odwołującego, zaistniał również w analizowanej sprawie, co przyznał na rozprawie odwołujący. W postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez zamawiającego wzięły udział spółki - córki z grup kapitałowych obu członków konsorcjum dobrane w ten sposób, aby skorzystać ze zwolnienia podmiotowego z podatku VAT na podstawie art. 113 ustawy o podatku od towarów i usług, zgodnie z którym zwalnia się od podatku sprzedaż

dokonywaną przez podatników, u których wartość sprzedaży nie przekroczyła łącznie w poprzednim roku podatkowym kwoty 150 000 zł. Liczba członków konsorcjum w tym postępowaniu, tj. dwóch, uzależniona została od ceny ofertowej oferowanej w przetargu. Ponieważ cena ofertowa (228.084,00 zł) przekracza próg zwolnienia podmiotowego z VAT tj. 150 tys., to niewystarczającym było wzięcie udziału w postępowaniu jednej spółki, koniecznym było wystąpienie dwóch członków konsorcjum.

Nie ulegało również wątpliwości, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia był w stanie spełnić jeden konsorcjant. Zamawiający wymagał w Rozdziale IV pkt 1 ppkt 4 SIWZ, aby o udzielenie zamówienia ubiegał się wykonawca, który wykonał co najmniej trzy usługi przez okres minimum 6 miesięcy o wartości nie mniejszej niż 100.000,00 złotych brutto każda. Odwołujący wykazał spełnienie warunku polegając na zasobach wiedzy i doświadczenia Outworking sp. z o.o. sp. k., która udzieliła swego zasobu obu członkom konsorcjum w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Nic nie stało na przeszkodzie, aby spółka udzieliła zasobu tylko jednemu z nich, np. podmiotowi ze swojej grupy kapitałowej. Każda zaś ze spółek była uprawniona do samodzielnego świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia, gdyż została wpisana do rejestru podmiotów prowadzących agencje zatrudnienia.

Nie ulegało również wątpliwości, że opisana praktyka trwa na omawianym rynku od kilku lat, co wynikało choćby z opisów stanów faktycznych w wyrokach Izby powoływanych przez obie strony, zaś zmieniają się tylko spółki – córki z obu grup kapitałowych, biorące udział w postępowaniach, różniące się kolejnym numerem.

Na chwilę wyrokowania istniało 36 spółek o wspólnym członie nazwy Outworking, w których członkiem zarządu jest Pan K. K., albo reprezentuje on komplementariusza Outworking sp. z o.o., Outworking Rekrutacja sp. z o.o., Outworking ATP sp. z o.o., zaś komandytariuszem jest Outworking sp. z o.o. sp. k. Podmioty te wchodziły w konsorcja z nowo tworzonymi spółkami, w których członkiem zarządu i współnikiem lub osobą reprezentującą komplementariusza i komandytariusza jest R. M. . Istnieje obecnie 17 podmiotów o wspólnym członie nazwy Biuro Pracy Tymczasowej.

Izba stwierdziła, że tak określonym stanie faktycznym zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego uznając, że jej złożenie wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 uznk.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk) stanowi zaś, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepisy te nakładają

zatem na zamawiającego obowiązek zbadania, czy złożenie oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji. Rolą zaś Izby jest stwierdzenie w toku postępowania odwoławczego, czy badanie jakie przeprowadził zamawiający odpowiada prawu. Nie można zatem zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, jakoby kwestia ta pozostawała poza kognicją Izby.

Odwołujący w treści odwołania, jak i w trakcie rozprawy utrzymywał, że opisane wyżej działanie spółek z jego grup kapitałowych, w tym i spółek tworzących konsorcjum odwołujące, należy rozpatrywać w kategoriach dozwolonej optymalizacji podatkowej. Na tę okoliczność powołał dowód z wyniku kontroli Urzędu Kontroli Skarbowej w Poznaniu odnoszącego się do podmiotu Outworking sp. z o.o. sp. k. z Poznania, w którym ustalono, że kontrolowana spółka w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego składała oferty samodzielnie lub wchodziła w skład konsorcjum, w celu realizacji wspólnie z innymi podmiotami zamówienia publicznego. W wyniku tej kontroli podano, że w zakresie podatku VAT za okres kwiecień 2012 do grudnia 2013 nie stwierdzono nieprawidłowości. Na podstawie powyższego dowodu można było jedynie ustalić, że u podmiotu kontrolowanego (nie będącego spółką odwołującą, ale należącego do jego grupy kapitałowej) nie wykazano nieprawidłowości w zakresie podatku VAT i to w okresie znacznie wcześniejszym, aniżeli termin w jakim złożono ofertę odwołującego. Nie wiadomo również, czy przedmiotem kontroli było działanie, które stanowiło podstawę odrzucenia oferty odwołującego. Nawet gdyby jednak przyjąć, że ww. kserokopia wyniku kontroli odnosiła się do mechanizmu ofertowania opisanego wcześniej, mogłaby co najwyżej stanowić dowód na to, że nie stwierdzono w takim mechanizmie uchybień o charakterze prawopodatkowym.

Jednakże, jak słusznie dostrzegł zamawiający, przy ocenie działań odwołującego nie można kierować się jedynie normami prawa podatkowego, z pominięciem norm Prawa zamówień publicznych. Z art. 3 ust. 1 uznk, do którego odsyła art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wynika bowiem, że znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpują nie tylko działania sprzeczne z prawem ale również z dobrymi obyczajami. Jak wskazuje się w orzecznictwie, dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane

współzawodnictwo." (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach w wyroku z dnia 28 czerwca 2007 r. sygn. akt V ACa 371/07).

Zdaniem Izby, działanie odwołującego godzi w dobre obyczaje. Do dobrych obyczajów kupieckich należy zdobywanie przez siebie coraz silniejszej pozycji na rynku przez uczciwe konkutowanie, ugruntowywanie renomy własnej firmy, budowanie uznania dla własnej marki, towaru czy usługi i długotrwała obecność na tym rynku. Działanie odwołującego godzi w te obyczaje. Sprowadza się do tworzenia wciąż nowych bytów prawnych de facto na potrzeby każdego kolejnego zamówienia publicznego. Jak słusznie wskazał na rozprawie przystępujący, nie ma nic wspólnego z dobrymi obyczajami kupieckimi konkutowanie pomiędzy przedsiębiorcami w liczbie rejestrowanych spółek. Prowadzenie przez odwołującego działalności gospodarczej nie zwalnia go od przestrzegania ww. reguł. Co więcej, obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów nałożył na przedsiębiorców sam ustawodawca w art. 17 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, zaś niewątpliwie ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego mieści się w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej.

Zdaniem Izby, spełniona jest także druga przesłanka czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 uznk, tj. naruszanie lub zagrożenie interesom innego przedsiębiorcy. Odwołujący działając w opisywany sposób zyskuje nad swymi konkurentami przewagę w wysokości 23%. Umożliwia mu ona nałożenie na daną usługę marży w wysokości niespotykanej w tego rodzaju usługach, zapewniając sobie możliwość generowania zysku na poziomie niedostępnym dla innych wykonawców. Powyższe działanie wypacza uczciwą konkurencję. Inni wykonawcy w celu walki z odwołującym będą musieli oferować swe usługi poniżej kosztów, co jest odrębnym czynem nieuczciwej konkurencji, albo dostosować się do odwołującego, mnożąc nowe siostrzane spółki na potrzeby de facto każdego postępowania o udzielenie zamówienia. Działanie odwołującego w sposób oczywisty zagraża zatem interesom innych wykonawców (choćby przystępującego), gdyż wykonawcy ci, którzy nie podejmują działań podobnych do odwołującego, znaleźli się bez żadnych obiektywnych przyczyn w znacznie gorszej sytuacji, podczas dokonywania oceny ich ofert. Oczywiste jest więc, że działania odwołującego utrudniają im dostęp do rynku, gdyż mimo tego, iż zaoferowali ceny i marże rynkowe, to nie mogą na równych warunkach konkurować z odwołującym.

Według Izby, przywołana wyżej argumentacja może świadczyć również o tym, że działanie odwołującego wyczerpuje znamiona określone w art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z powołanym przez zamawiającego przepisem, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim

wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy. Z użytego przez ustawodawcę sformułowania „w szczególności” wynika, że każde działanie polegające na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku stanowi stypizowany w tym przepisie czyn nieuczciwej konkurencji. W powołanym zaś przez zamawiającego pkt 5 podano jedynie przykładowo działanie polegające na wymuszaniu na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, przywoływany przepis może dotyczyć bardzo wielu różnego typu zachowań, z których trzy tytułem przykładu zostały wymienione w ust. 2 przepisu. Sformalizowany sposób wyboru kontrahenta przez zamawiającego, którego wyrazem są przepisy ustawy Pzp, nie oznacza sam przez się, że niemożliwe jest popełnienie względem zamawiającego czynu z art. 15 ust. 1 pkt 5 uznk. Przy kryterium wyboru ofert – cena brutto 100% – opisane wyżej działanie odwołującego niejako zmusza zamawiającego do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 uznk, jak również w art. 15 ust. 1 pkt 5 uznk.

W dalszej kolejności stwierdzono, że nie zostały wyczerpane znamiona zmowy przetargowej, o której mowa w art. 6 ust 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331) (dalej ustawa o.k.k.). Nie podzielono stanowiska odwołującego, że nie można powoływać się na przepisy ustawy o.k.k. w celu uzasadnienia odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem ustawy o.k.k., zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Nie ulega wątpliwości, iż działanie takie w świetle dyspozycji art. 3 ust. 1 ustawy uznk stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż może być uznane jako sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i naruszające interes innego przedsiębiorcy czy klienta.

Jak wynikało z uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający upatrywał znamion zmowy w samej decyzji odwołujących się spółek o zawiązaniu konsorcjum. Zdaniem Izby, zawiązanie konsorcjum przez przedsiębiorców ubiegających się o udzielenie zamówienia może być w określonych sytuacjach uznawane za znowę przetargową. Dotyczy to jednak takich przypadków, gdy konsorcjanci rezygnują z walki konkurencyjnej pomiędzy sobą celem podyktowania mniej korzystnych warunków klientowi. Takie przesłanki nie zachodzą przy mechanizmie ofertowania, jaki zastosował odwołujący.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie miało charakter merytoryczny, zatem musiało przybrać postać wyroku.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....