

Sygn. akt: KIO 1634/14

WYROK
z dnia 25 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 sierpnia 2014 r. przez Odwołującego **FallWork Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu**, ul. Zeylanda 6/5, 60-808 Poznań w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Sąd Rejonowy w Wołominie**, ul. Prądyńskiego 3A, 05-200 Wołomin

przy udziale

Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Outworking Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu**, ul. Mariana Langiewicza 2 lok. 10, 61-502 Poznań, **Outworking Rekrutacja Sp. z o.o. 12 Sp. k. z siedzibą w Poznaniu**, ul. Mariana Langiewicza 2 lok. 10, 61-502 Poznań, **Outworking Rekrutacja Sp. z o.o. 14 Sp. k. z siedzibą w Poznaniu**, ul. Mariana Langiewicza 2 lok. 10, 61-502 Poznań, **Outworking Rekrutacja Sp. z o.o. 15 Sp. k. z siedzibą w Poznaniu**, ul. Mariana Langiewicza 2 lok. 10, 61-502 Poznań zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego FallWork Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez FallWork Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od Odwołującego FallWork Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu na rzecz Zamawiającego - Sądu Rejonowego w Wołominie kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy

tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) 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

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Sąd Rejonowy w Wołominie na świadczenie usługi polegającej na skierowaniu do pracy na rzecz Sądu Rejonowego w Wołominie, w przewidywanym terminie realizacji usługi, tj. od dnia podpisania umowy jednak nie wcześniej niż od dnia 01.09.2014r. do dnia 28.02.2015 r., 39 pracowników tymczasowych w maksymalnej ilości: 29 – pracowników biurowych oraz 10 – koordynatorów prawnych (znak postępowania: RZP ZP/SR/05/14/PN), wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Outworking sp. z o.o. S. k. z siedzibą w Poznaniu, Outworking Sp. z o.o. 12 Sp. k. z siedzibą w Poznaniu, Outworking Sp. z o.o. 14 Sp. k. z siedzibą w Poznaniu, Outworking Sp. z o.o. 15 Sp. k. z siedzibą w Poznaniu (dalej jako Konsorcjum Outworking) oraz zaniechania wykluczenia Konsorcjum Outworking z postępowania i odrzucenia jego oferty, wykonawca FallWork Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej jako Odwołujący) wniósł w dniu 11 sierpnia 2014 r. odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1634/14).

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z 16.07.2014 r., 2014/S 134-240995.

Szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia przekracza kwotę określoną w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. poz. 1735) dla dostaw i usług, stanowiącej o obowiązku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w pełnej procedurze „unijnej”.

Zamawiający w dniu 31 lipca 2014 r. przekazał wykonawcom faksem informację o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum Outworking.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniami dalszych przepisów, w tym
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Outworking pomimo, że nie wykazało ono spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- 3) art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Outworking do uzupełnienia dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1 oraz pełnomocnictw,

- 4) art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Outworking pomimo, iż jest niezgodna z ustawą,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Outworking pomimo, że jej treść nie odpowiada treści siwz,
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy poprzez zaniechanie jego zastosowania w stosunku do oferty Konsorcjum Outworking w sytuacji, gdy złożenie przez niego oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 7) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Outworking pomimo, że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny,
- 8) art. 91 ust. 1 ustawy poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która nie może zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w ich wyniku odrzucenia oferty Konsorcjum Outworking i wykluczenia tego wykonawcy z postępowania oraz wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ważnych ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu podnoszonych zarzutów, Odwołujący wskazywał na brak spełnienia przez Konsorcjum Outworking warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganej wiedzy i doświadczenia, tj. wykonania co najmniej dwóch usług polegających na skierowaniu do pracy biurowej pracowników tymczasowych, na okres trwający nieprzerwanie co najmniej 6 miesięcy. Wykonawca wykazał się dwiema usługami referencyjnymi, z których jedna trwała krócej niż 6 miesięcy – usługa nr 2 realizowana przez dla Sądu Rejonowego dla Warszawy-Żoliborza w Warszawie. Okoliczność świadczenia usługi w okresie krótszym od wymaganego potwierdzać ma treść oświadczenia zawarta w wykazie usług oraz treść poświadczenia należytego wykonania usługi. Zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę po uprzednim skorzystaniu z dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy.

Załączone do oferty pełnomocnictwo ustanowione zostało przez trzech spośród czterech członków konsorcjum, co czynić ma ofertę podpisaną przez podmiot nieuprawniony, który nie był upoważniony do reprezentowania wszystkich czterech członków konsorcjum. Zamawiający winien był ofertę odrzucić jako niezgodną z ustawą.

W ocenie Odwołującego, oferta złożona przez konsorcjum kilku spółek, w której wykonawca zastrzegł, że zamówienie będą realizować czterej wykonawcy do limitu wartości sprzedaży 150 tys (oświadczenie wykonawcy Outworking dołączone do oferty) stoi w sprzeczności z udzielonymi wyjaśnieniami. Wykonawca założył wykonywanie zamówienia i wystawianie

faktur przez kilka spółek, co niesie za sobą zatrudnianie pracowników przez kilka agencji pracy tymczasowych. Powyższe stoi w sprzeczności z zapisami siwz (w kontekście wyjaśnień Zamawiającego z dnia 22.07.2014 r.), gdyż nie jest możliwe zatrudnianie pracownika w miesiącu wrześniu 2014 r., w miesiącu październiku 2014 r. i w kolejnych miesiącach przez inną agencję. Oferta taka winna zostać odrzucona jako sprzeczna z siwz. Kolejny zarzut jaki postawił Odwołujący dotyczy naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy i wynika z przyjęcia w formularzu oferty przez Konsorcjum Outworking uprawnienia do zwolnienia podmiotowego z podatku VAT na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy, które nie może znaleźć zastosowania do całej wartości usługi objętej przedmiotem zamówienia. Kwota zwolnienia podmiotowego dla trzech członków konsorcjum jest zbyt niska aby możliwe było zaoferowanie stawki podatku VAT 'NP.' dla całej wartości zamówienia. W związku z tym oferta zawiera błędną stawkę podatku VAT, co winno skutkować odrzuceniem oferty jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Ponadto, zdaniem Odwołującego zachodziła podstawa do odrzucenia oferty Konsorcjum Outworking na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, gdyż jej złożenie przez konsorcjum związane wyłącznie w celu zniżenia ceny oferty o całość podatku VAT, tj. o kwotę 154 560,00 zł, stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Zawiązanie konsorcjum nastąpić miało wyłącznie w celu uzyskania zwolnienia podmiotowego z podatku VAT, co należało uznać za obejście przepisów prawa, a więc działanie sprzeczne z prawem, wypełniające przesłankę z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z rażącym naruszeniem przepisów ustawy, czym uchybił wymogom przepisu art. 91 ust. 1 oraz naruszył zasady uczciwej konkurencji określone w art. 7 ust. 1 ustawy.

Zamawiający w dniu 8 sierpnia 2014 r. przekazał wykonawcom informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią oraz wezwaniem do zgłoszenia udziału. W dniu 8 sierpnia 2014r. wpłynęło do Izby przystąpienie Konsorcjum Outworking po stronie Zamawiającego.

Stanowisko Izby

Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania zachodziła którakolwiek z przesłanek do jego odrzucenia wskazana w art. 189 ust. 2 ustawy i skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Na podstawie zebranego materiału, stanowiącego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treści oferty Konsorcjum Outworking, dokumentów przedłożonych na rozprawie oraz stanowisk stron i uczestnika postępowania Izba uznała, iż odwołanie podlegało oddaleniu.

Przystępując do rozpoznania merytorycznego zarzutów Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do ustalenia, czy wnosząc odwołanie Odwołujący ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia, a także czy poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, stanowiących materialno prawną przesłankę do wniesienia odwołania (art. 179 ust. 1 ustawy). Uwzględniając zakres zarzutów, w których Odwołujący zmierza do wzruszenia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, czynność nieprawidłowej oceny oferty konkurencyjnej wybranej jako najkorzystniejsza, mogła naruszać interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz prowadzić do powstania szkody, przez pozbawienie wykonawcy możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, przy braku podstaw do odrzucenia odwołania, Izba rozpoznała zarzuty na posiedzeniu jawnym z uwzględnieniem poczynionych, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ustaleń faktycznych.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej spośród dwóch złożonych i niepodlegających odrzuceniu ofert.

Zarzuty Odwołującego dotyczyły czynności oceny oferty wybranej za najkorzystniejszą – Konsorcjum Outworking, która w ocenie Odwołującego podlegała odrzuceniu, a sam wykonawca wykluczeniu z postępowania z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 siwz określił minimalny warunek mający potwierdzać konieczną wiedzę i doświadczenie w zakresie wykonania co najmniej 2 (dwóch) usług o wartości co najmniej 600.000 zł (słownie: sześćset tysięcy) brutto każda, przy czym każda z nich zrealizowana była w zakresie świadczenia usług polegających na skierowaniu do pracy biurowej pracowników tymczasowych na okres trwający nieprzerwanie co najmniej 6 miesięcy do odbiorcy na podstawie jednego zamówienia.

Konsorcjum Outworking wykazało się dwiema usługami, w tym kwestionowaną z pozycji drugiej wykazaną usługą świadczoną na rzecz Sądu Rejonowego w Wołominie, wykonywaną w okresie od 01.04.2013 r. do 30.09.2013 r. Spornym w sprawie było uznanie okresu referencyjnej usługi jako wypełniającego warunek świadczenia usług *nieprzerwanie przez okres co najmniej 6 miesięcy*. Odwołujący odwoływał się do sposobu określenia terminu końcowego według przepisu art. 112 k.c., Zamawiający natomiast wskazywał na

potrzebę uwzględnienia specyfiki przedmiotu usługi i zasad przyjętych na gruncie przepisów kodeksu pracy dla określenia okresu świadczenia pracy.

Oddalając odwołanie w tym zakresie Izba przychyliła się do argumentacji Zamawiającego i uznała, że Konsorcjum Outworking wykazało się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu i nie podlegało wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Izba uznała za zasadne dokonanie wykładni okresu świadczenia usługi polegającej na skierowaniu do pracy biurowej pracowników tymczasowych w zgodzie z przyjętą na gruncie przepisów kodeksu cywilnego zasadą liczenia okresu zatrudnienia. Powyższe stało się konieczne, gdyż Zamawiający w specyfikacji nie wyjaśnił zasad według, których należy liczyć okres 6 miesięcy. Przyjęta przez Izbę wykładnia wynikała z potrzeby zachowania spójności postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie brzmienia warunku dotyczącego oceny doświadczenia w zapewnieniu stanu zatrudnienia pracowników. W ocenie Izby, nie było możliwe pominięcie zasady liczenia okresu świadczenia pracy na gruncie przepisów kodeksu pracy, wprowadzających odstępstwo od sposobu liczenia terminów określonych w art. 112 k.c. Należało zatem uwzględnić przywołane przez Zamawiającego wytyczne Sądu Najwyższego zawarte w wyroku z dnia 19 grudnia 1996 r. (I PKN 47/96), zgodnie z którymi *sposób liczenia terminów określonych w art. 112 k.c. nie ma zastosowania do okresów, od których zależy nabycie uprawnień pracowniczych. Okres pracy ustala się uwzględniając potoczny sposób liczenia terminów, a więc jego upływ następuje w dniu bezpośrednio poprzedzającym dzień, który nazwą lub datą odpowiada dniowi, w którym rozpoczęto liczenie okresu (miesiąca).*

W świetle poczynionych ustaleń faktycznych nie budziło wątpliwości, iż usługa wskazana w pozycji drugiej wykazu obejmowała okres pełnych sześciu miesięcy skierowania do pracy, tj. od 01.04.2013 r. do 30.09.2013. i zakończył się z upływem ostatniego dnia miesiąca września. Izba przyjęła za potwierdzającą, w świetle treści siwz, spełnienie warunku udziału w postępowaniu usługę, której termin rozpoczęcia określony został datą odpowiadającą pierwszemu dniowi miesiąca rozpoczęcia świadczenia usługi, a zakończenia – z dniem upływu ostatniego dnia miesiąca świadczenia usługi.

Powyższe prowadziło zatem do oddalenia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, a w konsekwencji również oddalenia zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy w związku z brakiem właściwego pełnomocnictwa Izba oddaliła, uznając załączony do oferty pełnomocnictwo za prawidłowe. Pełnomocnictwo z dnia 28.07.2014 r. wskazywało na ustalonego spośród wspólnie ubiegających się o zamówienie przedstawiciela konsorcjum i udzielone zostało przez trzy pozostałe podmioty tworzące konsorcjum. Izba nie zgodziła się z twierdzeniem

Odwołującego o konieczności udzielenia pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum również przez niego samego. Sporne pełnomocnictwo wskazywało na przedstawiciela konsorcjum, wybranego spośród podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie, któremu pozostali konsorcjanci udzielili umocowania do reprezentowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zawarcia umowy. W ocenie Izby, nie ma żadnych racjonalnych, czy też prawnych powodów dla których należałoby odmówić skuteczności pełnomocnictwa udzielonego jednemu z konsorcjantów przez pozostałych. Ustanowiony przedstawicielem konsorcjum podmiot działa w imieniu swoim oraz pozostałych konsorcjantów, z którymi złożył wspólną ofertę.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Izba oddaliła, jako bezpodstawny. Odwołujący swoje twierdzenie o niezgodności oferty Konsorcjum Outworking z siwz opierał na subiektywnej ocenie oferty, w kontekście odpowiedzi zamawiającego na pytanie nr 2 do siwz z dnia 22.07.2014 r. Zamawiający wyjaśnił, iż naruszającym zapisy siwz będzie sytuacja, w której pracownik miałby być zatrudniany w kolejnych miesiącach przez inną agencję.

W ocenie Odwołującego, sytuacja w której pracownicy kierowani do pracy przez Konsorcjum Outworking zatrudniani byłiby kolejno przez poszczególne podmioty tworzące konsorcjum, prowadziłyby do niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W toku rozprawy Zamawiający oraz przystępujące Konsorcjum Outworking wyjaśnili, iż w trakcie świadczenia usługi stan zatrudnienia u poszczególnych konsorcjantów nie ulegnie zmianie, przeciwko czemu Odwołujący nie przedstawił żadnego kontr dowodu. Nie zakwestionował On możliwości zatrudnienia pracowników na podstawie umów o pracę przez poszczególnych członków konsorcjum (tj. rozdzielenia pracowników pomiędzy konsorcjantów). W ten sposób pracownicy pozostawaliby przez cały okres realizacji zamówienia w stosunku pracy u któregoś z konsorcjantów, bez potrzeby zmiany agencji. Zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 2 z dnia 22.07.2014 r. taka sytuacja nie stanowi o naruszeniu zapisów siwz dotyczących zawierania umów z pracownikami tymczasowymi, zgodnie z którymi Wykonawca zobowiązany jest zawrzeć tylko jedną umowę o pracę z pracownikiem tymczasowym w całym okresie świadczenia usługi. Nie było zatem podstaw do stwierdzenia sprzeczności oferty z siwz mającej prowadzić do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zarzut naruszenia art. 89 us 1 pkt 6 ustawy Izba oddaliła.

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 3 z dnia 22.07.2014 r. Zamawiający dopuścił stawkę 23 % VAT oraz możliwość korzystania wykonawcy ze zwolnienia podmiotowego przewidzianego na mocy art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od

towarów i usług. Do oferty Konsorcjum Outworkin załączyło wyjaśnienie, w którym wykazywało zasadność przyjęcia w kalkulacji ceny zwolnienia podmiotowego, gdyż trzy spółki wchodzące w skład konsorcjum nie przekraczają zarówno w bieżącym jak i minionym roku podatkowym obrotów powyżej wskazanego w ustawie limitu 150.000,00 zł.

Odwołujący kwestionował zasadność skorzystania ze zwolnienia podmiotowego przez Konsorcjum Outworking w sytuacji, gdy wartość sprzedaży dokonanej w 2014 r. przez Outworking Rekrutacja Sp. z o.o. 12 Sp. k., Outworking Rekrutacja 14 Sp. k., Outworking Rekrutacja 15 Sp. k. przekroczyłaby kwotę limitu wynoszącą dla całego roku 2014 r. 150 tyś zł. Zastrzeżenia Odwołującego wynikały z okoliczności, iż wskazane podmioty miały rozpocząć sprzedaż w trakcie roku 2014, a tym samym limit ulegał pomniejszeniu proporcjonalnie do okresu prowadzonej działalności gospodarczej. Izba oddaliła zarzuty Odwołującego przyjmując za nieprawidłową interpretację, w której wysokość limitu pozwalającego na zwolnienie od opodatkowania w pierwszym roku należy liczyć tylko i wyłącznie przy uwzględnieniu momentu wykonania pierwszej czynności podlegającej opodatkowaniu. Zgodnie z art. 113 ust. 1 ustawy o VAT zwalnia się od podatku podatników, u których wartość sprzedaży opodatkowanej nie przekroczyła łącznie w poprzednim roku podatkowym kwoty 150.000 zł. Należy również uwzględnić brzmienie dalszych ustępów, w tym szczególności ust. 9 i 10 art. 113 ustawy o VAT, regulujących zasady korzystania ze zwolnienia przez podatników, którzy rozpoczynają wykonywanie czynności podlegającej opodatkowaniu w trakcie roku podatkowego. Zgodnie z par. 9 art. 113 ustawy o VAT podatnik korzysta ze zwolnienia, jeżeli przewidywana przez niego wartość sprzedaży nie przekroczy, w proporcji do okresu prowadzonej działalności gospodarczej w roku podatkowym, kwoty określonej w ust. 1. W kolejnym ustępie określone zostały konsekwencje podatkowe przekroczenia kwoty limitu przez faktyczną wartości sprzedaży w proporcji do okresu prowadzonej działalności gospodarczej.

Od dnia 1 lipca 2009 r. dokonano stosownej nowelizacji art. 113 ust. 9 i 10 ustawy o VAT polegającej na tym, iż kwotę limitu należy liczyć w proporcji do okresu prowadzonej działalności gospodarczej (co następuje zwykle jeszcze przed wykonaniem pierwszej czynności opodatkowanej), a nie do okresu prowadzonej sprzedaży, jak ustawodawca przewidywał poprzednio (podobnie w wyroku WSA w Poznaniu z dnia 13 sierpnia 2009 r., sygn. akt I SA/Po 463/09). Przed wprowadzoną nowelizacją art. 113 ust. 9 i 10 ustawy o VAT, sytuacja podatkowa przedsiębiorców była różna w zależności od tego kiedy dokonali pierwszej sprzedaży. Organy podatkowe rozróżniały sytuację podatników prowadzących działalność gospodarczą i niedokonujących sprzedaży, z tym którzy ją prowadzą i sprzedaży dokonują. Wynikało to z użycia przez ustawodawcę pojęcia „okresu prowadzenia sprzedaży”, który nie jest tożsamy z „okresem prowadzenia działalności gospodarczej”. W wyroku zapadłym na gruncie przepisu sprzed nowelizacji Wojewódzki Sąd Administracyjny w

Gdańsku odmówił traktowania na równi tych przedsiębiorców, którzy faktycznie sprzedaży dokonali, z tymi którzy ją jedynie zadeklarowali, czyniąc przygotowania do jej dokonania, bez względu na ich negatywny końcowy rezultat (wyrok z 25.09.2008 r., sygn. I SA/Gd 371/08). Na skutek nowelizacji, istotnym z punktu widzenia zwolnienia od podatku i jego wysokości, na podstawie art. 113 ust. 9 i 10 ustawy o VAT, nie jest moment sprzedaży, lecz moment rozpoczęcia działalności gospodarczej. W swoim stanowisku Odwołujący odniósł się również do tego elementu, utożsamiając moment rozpoczęcia działalności gospodarczej z dniem dokonania wpisu spółki komandytowej w rejestrze. W ocenie Izby, takie stanowisko nie uwzględnia faktycznej możliwości występowania spółki w obrocie od momentu zawarcia umowy notarialnej. W badanej sprawie, spółki komandytowe deklarujące skorzystanie ze zwolnienia podmiotowego w 2014 r. uzyskały wpis w rejestrze odpowiednio 19 lutego oraz 20 marca 2014 r. Umowy notarialne podpisane zostały w przypadku trzech podmiotów korzystających ze zwolnienia 19 grudnia 2013 r. Izba nie mogła wykluczyć, iż spółki prowadziły działalność już od momentu zawarcia umów notarialnych, dokonując innych niż sprzedaż usługi czynności, np. takich jak zawieranie umów gospodarczych. Powyższe prowadziło do uznania, iż Odwołujący nie wykazał ponad wszelką wątpliwość, iż skorzystanie ze zwolnienia podmiotowego w pełnej kwocie limitu za 2014 r. będzie w świetle poczynionych ustaleń, niedopuszczalne. Rozstrzygnięcie Izby w tej materii nie stanowi rozstrzygnięcia organu podatkowego, a okoliczności decydujące o możliwości skorzystania ze zwolnienia nie zostały w sposób kategoriyczny wykluczone, co skutkowało oddaleniem zarzut Odwołującego.

Izba oddalając odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy uznała, iż podanie w formularzu oferty dopuszczalnej prawem, jak również wskazanej przez Zamawiającego stawki preferencyjnej VAT (zwolnienie), nie może być uznane za równoznaczne z dopuszczeniem się popełnienia przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący poza gołosłownym twierdzeniem w żaden sposób nie udowodnił, aby jedynym celem zawiązania konsorcjum było skorzystanie ze zwolnienia podmiotowego w tym postępowaniu, co czyniło zarzut bezpodstawnym.

W związku z powyższym, zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy jako bezzasadne Izba oddaliła.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 2 [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 zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu wniesioną przez Odwołującego w wysokości 15 tys. zł. a także wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego stwierdzone rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: