

Sygn. akt: KIO 3503/22

WYROK
z dnia 11 stycznia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 11 stycznia 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2022 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Społeczne Przedsiębiorstwo Usługowe spółdzielnia socjalna z siedziba w Kostrzynie nad Odrą oraz Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego spółdzielnia socjalna z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Zarząd Cmentarzy Komunalnych we Wrocławiu

przy udziale:

- wykonawcy „ERA” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 3503/22 po stronie Zamawiającego,
- wykonawcy Ł. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PHU P. Ł. P.z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 3503/22 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Społeczne Przedsiębiorstwo Usługowe spółdzielnia socjalna z siedziba

w Kostrzynie nad Odrą oraz Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego spółdzielnia socjalna z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Społeczne Przedsiębiorstwo Usługowe spółdzielnia socjalna z siedziba w Kostrzynie nad Odrą oraz Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego spółdzielnia socjalna z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Społeczne Przedsiębiorstwo Usługowe spółdzielnia socjalna z siedziba w Kostrzynie nad Odrą oraz Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego spółdzielnia socjalna z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą na rzecz Zamawiającego - Zarządu Cmentarzy Komunalnych we Wrocławiu kwotę 4 032, 00 zł (słownie: cztery tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 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 – Zarząd Cmentarzy Komunalnych we Wrocławiu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pod nazwą: **Obsługa publicznych szaletów oraz kompleksowe usługi sprzątnia i utrzymania w czystości pomieszczeń biurowych na terenie cmentarzy komunalnych we Wrocławiu.**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9 listopada 2022 roku pod numerem 2022/BZP 00432163.

W dniu 27 grudnia 2022 roku Odwołujący działając na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 poz. 1710; dalej „ustawa”, „PZP”) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy przez odrzucenie oferty Odwołującego wskutek uznania, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, podczas gdy oferta jest prawidłowo skalkulowana, w sposób podany przez Zamawiającego w SWZ i zawiera właściwą stawkę oraz wartość podatku.

Odwołujący podał, że odwołanie dotyczy części 1 i 2.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Konsorcjum;
3. Przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert;
4. Zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący podał, że Odwołujący jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu na część 1 i 2 zamówienia. Oferta jest zgodna z warunkami zamówienia i powinna zostać uznana za najwyżej ocenioną i w konsekwencji najkorzystniejszą.

Zamawiający naruszając przepisy ustawy pozbawił Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i zawarcia umowy.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

Przedmiotem postępowania jest *Obsługa publicznych szaletów oraz kompleksowe usługi sprzątnia i utrzymania w czystości pomieszczeń biurowych na terenie cmentarzy*

komunalnych we Wrocławiu – dalej „Postępowanie”. Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym. Wykonawca ubiegał się o część 1 i 2 zamówienia. Odwołanie dotyczy części 1 i 2.

W rozdziale 20 SWZ Zamawiający podał wytyczne co do sposobu obliczenia ceny. Wymagał podania w formularzu ofertowym ceny całkowitej brutto dla części zamówienia, na które składana jest oferta. Wskazał również, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy i obowiązkiem wykonawcy jest ustalenie stawki podatku VAT zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie regulacjami prawnymi (rozdział 20 punkt 6 SWZ). Ponadto, zgodnie z rozdziałem 20 punkt 9 SWZ ceny/wartości brutto podane w formularzach cenowych powinny zostać wyliczone z uwzględnieniem stawki i kwoty podatku VAT określonej zgodnie z obowiązującymi na dzień składania ofert przepisami prawa. W formularzu oferty (Załącznik nr 2 do SWZ) należało podać cenę całkowitą w wysokości brutto kwotowo i słownie (za każdą część osobno).

Zamawiający wymagał również złożenia Formularza cenowego dla każdej z części (Załącznik 2aA i 2aB), w którym należało podać cenę za każdy miesiąc realizacji usługi w oparciu o liczbę godzin, z rozbiem na cenę jednostkową (zł/h), wartość netto (zł), podatek VAT: stawka (%) i wartość (zł) oraz wartość brutto.

Odwołujący złożył ofertę na kwotę:

115 547,50 zł brutto dla części 1 oraz

115 547,50 zł brutto dla części 2. Wraz z ofertą złożył Formularze cenowe:

FORMULARZ CENOWY - CZĘŚĆ 1 ZAMÓWIENIA


Obsługa publicznego szaletu mieszczącego się na terenie Cmentarza Komunalnego Oddział Osobowice we Wrocławiu

Lp.	Miesiąc	Liczba godzin [h]	Cena jednostkowa [zł/h]	wartość netto [zł] <i>(kol. 3 x kol. 4)</i>	Podatek VAT		wartość brutto [zł] <i>(kol. 5 + kol. 7)</i>
					stawka [%]	wartość [zł] <i>(kol. 5 x kol. 6)</i>	
1	2	3	4	5	6	7	8
1	styczeń 2023 r.	248	21,90	5 431,20	zw	Nie dotyczy	5 431,20
2	luty 2023 r.	224	32,90	7 369,60	zw	Nie dotyczy	7 369,60
3	marzec 2023 r.	248	32,90	8 159,20	zw	Nie dotyczy	8 159,20
4	kwiecień 2023 r.	330	32,90	10 857,00	zw	Nie dotyczy	10 857,00
5	maj 2023 r.	341	32,90	11 218,90	zw	Nie dotyczy	11 218,90
6	czerwiec 2023 r.	330	32,90	10 857,00	zw	Nie dotyczy	10 857,00
7	lipiec 2023 r.	341	32,90	11 218,90	zw	Nie dotyczy	11 218,90
8	sierpień 2023 r.	341	32,90	11 218,90	zw	Nie dotyczy	11 218,90
9	wrzesień 2023 r.	330	32,90	10 857,00	zw	Nie dotyczy	10 857,00
10	październik 2023 r.	341	32,90	11 218,90	zw	Nie dotyczy	11 218,90
11	listopad 2023 r.	273	32,90	8 981,70	zw	Nie dotyczy	8 981,70
12	grudzień 2023 r.	248	32,90	8 159,20	zw	Nie dotyczy	8 159,20
Cena (suma wartości za cały rok)				115 547,50	X	0,00	115 547,50

Wykonawca zwolniony z VAT (art. 113 ust. o VAT)

FORMULARZ CENOWY - CZĘŚĆ 2 ZAMÓWIENIA

Obsługa publicznego szaletu mieszczącego się na terenie Cmentarza Komunalnego Oddział
Psie Pole we Wrocławiu

Lp.	Miesiąc	Liczba godzin [h]	Cena jednostkowa [zł/h]	wartość netto [zł] <i>(kol.3 x kol.4)</i>	Podatek VAT		wartość brutto [zł] <i>(kol.5 + kol.7)</i>
					stawka [%]	wartość [zł] <i>(kol.5 x kol.6)</i>	
1	2	3	4	5	6	7	8
1	styczeń 2023 r.	248	21,90	5 431,20	zw	Nie dotyczy	5 431,20
2	lutyc 2023 r.	224	32,90	7 369,60	zw	Nie dotyczy	7 369,60
3	marzec 2023 r.	248	32,90	8 159,20	zw	Nie dotyczy	8 159,20
4	kwiecień 2023 r.	330	32,90	10 857,00	zw	Nie dotyczy	10 857,00
5	maj 2023 r.	341	32,90	11 218,90	zw	Nie dotyczy	11 218,90
6	czerwiec 2023 r.	330	32,90	10 857,00	zw	Nie dotyczy	10 857,00
7	lipiec 2023 r.	341	32,90	11 218,90	zw	Nie dotyczy	11 218,90
8	sierpień 2023 r.	341	32,90	11 218,90	zw	Nie dotyczy	11 218,90
9	wrzesień 2023 r.	330	32,90	10 857,00	zw	Nie dotyczy	10 857,00
10	październik 2023 r.	341	32,90	11 218,90	zw	Nie dotyczy	11 218,90
11	listopad 2023 r.	273	32,90	8 981,70	zw	Nie dotyczy	8 981,70
12	grudzień 2023 r.	248	32,90	8 159,20	zw	Nie dotyczy	8 159,20
Cena (suma wartości za cały rok)				115 547,50		0,00	115 547,50

Wykonawca zwolniony z VAT (art. 113 ustawy o VAT).

W obu Formularzach wskazano, iż wykonawca korzysta ze zwolnienia z podatku VAT: „Wykonawca zwolniony z VAT (art. 113 ustawy o VAT)”.

W dniu 25 listopada 2022 r. Odwołujący został wezwany do złożenia wyjaśnień odnośnie do podstaw zwolnienia i niezastosowania podatku VAT.

W zakreślonym terminie Odwołujący złożył wyjaśnienia wskazując:

„Wykonawców – jako spółdzielnie socjalne – obowiązuje Ustawa z dnia 27 kwietnia 2006 r. o spółdzielniach socjalnych. Zgodnie z tym aktem prawnym spółdzielnie socjalne mogą tworzyć konsorcjum spółdzielcze (art. 15b ust. 1). Jest to jedyne, nazwane wprost przez ustawodawcę, formalne konsorcjum. Przewidziane jest wyłącznie dla tej formy prawnej. Zgodnie z art. 15 ust. 5 Ustawy, w zakresie nieuregulowanym niniejszą ustawą do konsorcjum spółdzielczego stosuje się przepisy o spółce, o której mowa w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740). Spółki cywilne są odrębnym podmiotem na gruncie prawa podatkowego od tworzących je podmiotów. Spółka cywilna jest zwolniona z podatku podmiotowo, zgodnie z art. 113 ust. 1 ustawy o VAT. Zwolnienie będzie obowiązywało w całym okresie trwania zamówienia. W przypadku utracenia zwolnienia podmiotowego z podatku VAT, kolejne rozliczenia będą przebiegały z uwzględnieniem tego podatku przy niezmiennej cenie brutto. Zgodnie z aktualnym stanem faktycznym złożono ofertę z uwzględnieniem zwolnienia, z którego Wykonawca ma prawo korzystać i wykorzystać je w pełni. Na wypadek jego utracenia (wykorzystania), Wykonawca będzie uwzględniał podatek w swoich fakturach, ale dopiero od chwili, kiedy będzie to tego

zobowiązany. Nie ma to dla Zamawiającego znaczenia ekonomicznego, gdyż rozliczeń i oceny ofert dokonuje się jako kwot brutto, które nie ulegną zmianie w żadnym przypadku. Inna interpretacja powodowałaby odgórną konieczność rezygnacji z przysługującego zwolnienia podmiotowego od podatku – od całej kwoty wynagrodzenia, co nie byłoby nieprawidłowe.

Podsumowując, cena oferty brutto jest stała i niezmienna dla całego zamówienia”.

W dniu 29 listopada 2022 r. Zamawiający ponownie wezwał do wyjaśnień dotyczących Formularza oferty:

Po zapoznaniu się z Państwa wyjaśnieniami przesłanymi w dniu 28 listopada wynika, że przewidują Państwo utratę zwolnienia z podatku VAT. Zamawiający sumując zaoferowaną cenę brutto dla część 1 i części 2 zamówienia (kwota: 231 095,00 zł) oraz analizując Formularze cenowe, może stwierdzić, że przekroczenie 200 tys. złotych, tylko w ramach tego zamówienia, nastąpiłoby już w listopadzie 2023 roku.

W związku z tym, że pełne informacje na temat działalności Konsorcjum posiadają Państwo, wzywam do doprecyzowania, **w którym czasie nastąpi utrata „zwolnienia z podatku VAT” przez Konsorcjum – od kiedy zostanie naliczany podatek VAT i w jakiej stawce.**

W odpowiedzi wykonawca wyjaśnił:

„(...) odpowiadając na pismo Zamawiającego z dnia 29.11.2022 r. (sprawa TT-28-04/2022), uprzejmie informuje, że kwestia zwolnienia podmiotowego z podatku VAT została wyjaśniona w ofercie oraz piśmie z dnia 27.11.2022 r. Nadto, biorąc pod uwagę treść pisma wskazuje się, że przekroczenie zwolnienia podmiotowego nastąpi prawdopodobnie (nie jest to jednak pewne) dopiero w listopadzie 2023 r., a nie już w listopadzie 2023 r., jak wskazał Zamawiający. Jest to istotne od kwot faktur wystawianych Zamawiającemu i ich dat. W ramach konsorcjum spółdzielczego przychód będzie następował z działalności na rzecz Zamawiającego, gdyż celem konsorcjum jest współpraca i wspólna reintegracja społeczna i zawodowa skierowanych do usługi pracowników przy połączeniu wspólnych zasobów przedsiębiorstw. Ponownie wskazujemy, że cena oferty brutto jest stała i niezmienna dla całego zamówienia. W przypadku ewentualnego przekroczenia przychodów i rejestracji do podatku VAT usługa będzie objęta stawką 23% VAT.

W dniu 14 grudnia 2022 r. Odwołujący otrzymał informację o ponownym przeprowadzeniu czynności badania i oceny ofert złożonych na część 1 i część 2 zamówienia, zaś 22 grudnia 2022 r. zawiadomienie o wyborze oferty oraz odrzuceniu oferty Odwołującego w części 1 i 2.

Zamawiający jako podstawę odrzucenia przyjął art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp – błąd w obliczeniu ceny.

Uzasadnienie Zamawiającego sprowadza się do uznania, że skoro w trakcie wykonywania umowy może nastąpić przekroczenie progu określonego w art. 113 ustawy o Vat i wykonawca będzie zobligowany wystawiać faktury ze stawką podstawową VAT 23%, to wystąpił błąd w obliczeniu ceny powodujący nieporównywalność ofert.

Odwołujący podał, że nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego.

Zgodnie z rozdziałem 20 punkt 9 SWZ ceny/wartości brutto podane w formularzach cenowych powinny zostać wyliczone z uwzględnieniem stawki i kwoty podatku VAT określonej zgodnie z obowiązującymi na dzień składania ofert przepisami prawa. Na dzień składania ofert Konsorcjum korzysta ze zwolnienia przewidzianego w art. 113 ustawy o VAT, stąd właściwym było zadeklarowanie zwolnienia z VAT. Zgodnie z art. 41 ustawy o VAT obowiązkiem podatnika jest przyporządkowanie sprzedaży towarów czy usług do określonej, właściwej stawki. Oznacza to, że określając wysokość stawki VAT podatnik musi przede wszystkim ustalić, czy sprzedawany przez niego towar lub świadczona usługa nie korzystają z obniżonej stawki lub ze zwolnienia z VAT. Jeśli tak, to powinien zastosować taką stawkę, jaka wynika z przepisów ustawy o VAT. Nie byłoby więc prawidłowe ze strony Konsorcjum przyjęcie stawki VAT 23% już na dzień składania ofert.

Zamawiający wymagał podania ceny ofertowej brutto, bez wskazywania stawki VAT w Formularzu oferty, który służył do porównania złożonych ofert. Formularz cenowy, składany jako załącznik do oferty, zgodnie z §7 Projektowanych postanowień umowy służyć miał w celach rozliczenia płatności częściowej za każdy miesiąc realizacji usługi. Wyliczona w Formularzu cenowym wartość brutto miała zostać przeniesiona do Formularza ofertowego i podlegać porównaniu.

SO w Warszawie podał, w sprawie o sygnaturze XXIII Zs 79/22, Zamawiający decydując się odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp powinien być w stanie wykazać, że oferta wykonawcy w istocie zawierała błąd w obliczeniu ceny - tj., że przyjęta przez wykonawcę stawka podatku VAT, była nieprawidłowa (...). Odrzucenie oferty możliwe jest jedynie w sytuacji, gdy błąd w obliczeniu ceny stwierdzono w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości. Decyzja ta nie może być oparta wyłącznie o subiektywne przekonanie Zamawiającego, co do właściwej do zastosowania stawki podatku VAT, lecz winna mieć podstawy prawne oraz faktyczne. Uzasadnienie tej decyzji powinno w szczególności prezentować analizę przepisów prawnopodatkowych w odniesieniu do ukształtowanych w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia postanowień opisu przedmiotu zamówienia. To opis przedmiotu zamówienia determinuje bowiem co do zasady

okoliczność, jaką stawkę VAT powinni przyjąć wykonawcy kalkulując cenę oferty.

Odwołujący odnosząc się do powyższego podał, nie można uznać, że Konsorcjum nieprawidłowo ustaliło stawkę podatku VAT. W świetle konsekwentnej linii orzeczniczej Izby, z błędem w obliczeniu ceny mamy do czynienia wówczas, gdy doszło do błędu co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego i owego błędu nie można poprawić. Jeżeli zaś wykonawca złożył ofertę z prawidłowo ustaloną stawką VAT, obowiązującą w dniu jej złożenia, zapewniając w wyjaśnieniach, że oferowana cena jest całkowitym obciążeniem Zamawiającego, to nie można powyższego traktować w kategorii błędu w obliczeniu ceny.

Gdyby przyjąć logikę rozumowania Zamawiającego, to Wykonawca, któremu przysługuje podatkowe zwolnienie podmiotowe, aprobowane wręcz przez ustawodawcę, w sytuacji przewidywalnego wynagrodzenia, które być może w przyszłości przekroczy kwotowy próg zwolnienia podatkowego, musiałby odgórnie z niego zrezygnować, na etapie składania oferty, z takiego powodu, że być może w przyszłości przekroczy ten limit. Wówczas nie mógłby z niego w ogóle skorzystać, na zasadach przewidzianych ustawowo, dostępnych dla każdego przedsiębiorcy. Wykonawca, swoimi wyjaśnieniami potwierdził, że zna przepisy podatkowe, a cenę oferty wyliczył świadomie oraz zapewnił, że nie ulegnie ona zmianie.

Na marginesie, Odwołujący wskazuje, że Zamawiający w swoich wezwaniach do wyjaśnień nie żądał udzielania skonkretyzowanej informacji na temat podmiotu/podmiotów fakturujących usługę na rzecz Zamawiającego lub przedstawienia zasad, w jakich częściach każdego z członków konsorcjum będzie rozliczał usługę. Nie jest też znana Zamawiającemu sytuacja podatkowoprawna tzn. status VAT każdego z podmiotów tworzących Konsorcjum według stanu na rok podatkowy wykonania usługi. Skoro Zamawiający, mimo jednoznacznego zapisu w rozdziale 20 punkt 9 przyjmuje jednak do analizy przyszły stan prawny (np. przekroczenie limitu kwotowego zwolnienia podmiotowego dopiero w ostatnim miesiącu świadczenia usługi) to także powinien być analogicznie uwzględnić, że spółdzielnie tworzące Konsorcjum, jako podmioty również uprawnione do składania faktur, mogą być zwolnione podmiotowo z VAT, z powodu nieprzekroczenia limitu zwolnienia w roku poprzednim (dla roku 2023 rokiem poprzednim będzie rok 2022).

Zamawiający nie uwzględnił ponadto, że przy realizacji wielu zamówień na rynku występują sytuacje, gdzie składając ofertę wykonawcy są początkowo zwolnieni podmiotowo z podatku VAT, ale biorąc pod uwagę inne przychody, podczas realizacji zamówienia dochodzi do zmiany statusu VAT. Wówczas wykonawca, jako podatnik czynny, rozpoczyna doliczanie podatku do faktur za świadczone usługi, bez zmiany ceny brutto, stanowiącej stałe, umówione wynagrodzenie.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy z dnia 11 września 2022 roku skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 27 grudnia 2022 roku od czynności Zamawiającego z dnia 22 grudnia 2022 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony postępowania odwoławczego oraz uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie procesowym z dnia 10 stycznia 2023 roku „Odpowiedź na odwołanie”, które zostało złożone wraz z załączonymi dowodami na posiedzeniu z udziałem stron.

Izba postanowieniem wydanym na rozprawie dopuściła dowody załączone do ww. pisma.

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane przez uczestnika postępowania odwoławczego „ERA” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie złożone do akt sprawy za pismem z dnia 11 stycznia 2022 roku, wraz z załącznikami.

Izba postanowieniem wydanym na rozprawie dopuściła dowody załączone do ww. pisma.

Wykonawca „ERA” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie nie stawił się osobiście na posiedzeniu z udziałem stron, prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia w dniu 3 stycznia 2023 roku, co potwierdził tego samego dnia. Niestawiennictwo strony lub uczestnika postępowania prawidłowo zawiadomionego

o terminie posiedzenie, zgodnie z art. 549 ust. 4 ustawy, nie wstrzymuje rozpoznania sprawy.

Izba dopuściła dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- dowód nr 1 - (2 karty) wyciąg z umowy Nr GMu.272.23.2001 z dnia 24.01.2022r.,
- dowód nr 2 – (3 karty) faktury.

Izba ustaliła:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

W Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) - ROZDZIAŁ 5: OFERTY CZĘŚCIOWE Zamawiający podał:

1. *Zamówienie zostało podzielone na pięć części.*
2. *Zamawiający dopuszcza złożenie oferty na jedną lub więcej części zamówienia przez jednego Wykonawcę.*

W rozdziale ROZDZIAŁ 20 SWZ - SPOSÓB OBLICZENIA CENY Zamawiający podał:

1. *Wykonawca winien podać w Formularzu oferty (wzór formularza stanowi załącznik nr 2 do SWZ) cenę całkowitą (brutto) za wykonanie przedmiotu zamówienia osobno dla każdej części w następujący sposób:*

1) *cena całkowita (brutto) dla części 1 zamówienia*

Cenę całkowitą (brutto) dla części 1 zamówienia należy wyliczyć wg Formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 2aA do SWZ.

2) *cena całkowita (brutto) dla części 2 zamówienia*

Cenę całkowitą (brutto) dla części 2 zamówienia należy wyliczyć wg Formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 2aB do SWZ.

(...)

5. *Cenę całkowitą brutto, wartość brutto, wartość podatku VAT, wartość netto oraz ceny jednostkowe należy podać w polskich złotych. Zamawiający nie dopuszcza rozliczania się z Wykonawcą w innej walucie niż PLN.*

6. *Cenę całkowitą brutto, wartość brutto, wartość podatku VAT, wartość netto oraz ceny jednostkowe należy podać z dokładnością do drugiego miejsca po przecinku (z dokładnością*

do 1 grosza) – przy czym końcówki poniżej 0,5 grosza pomija się, a końcówki 0,5 grosza i wyższe zaokrągla się do pełnego grosza.

7. Wykonawca przy wyliczeniu ceny zobowiązany jest do uwzględnienia minimalnego wynagrodzenia, które będzie obowiązywało od 01.01.2023 r. oraz od 01.07.2023 r. zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. (Dz. U. z 2022 r., poz. 1952).

8. Wykonawca zobowiązany jest ustalić stawkę podatku VAT zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie regulacjami prawnymi.

9. Ceny/wartości brutto podane w Formularzach cenowych powinny zostać wyliczone z uwzględnieniem stawki i kwoty podatku VAT określonej zgodnie z obowiązującymi na dzień składania ofert przepisami prawa.

Załącznik nr 2 do Specyfikacji Warunków Zamówienia - FORMULARZ OFERTY:

(...)

2. Składamy ofertę na część 1 zamówienia – obsługa publicznego szaletu mieszczącego się na terenie Cmentarza Komunalnego Oddział Osobowice we Wrocławiu:*

1) oferujemy wykonanie część 1 zamówienia za cenę całkowitą w wysokości brutto zł (słownie:);

2) deklarujemy, że do wykonywania zamówienia zatrudnimy:

a) osobę/osoby niepełnosprawne, każdą na min.0,5 etatu,

b) osobę/osoby bezrobotne, każdą na min.0,5 etatu;

3) wnieśliśmy wadium na części 1 zamówienia w wysokości zł, w formie

3. Składamy ofertę na część 2 zamówienia – obsługa publicznego szaletu mieszczącego się na terenie Cmentarza Komunalnego Oddział Psie Pole we Wrocławiu:*

1) oferujemy wykonanie część 2 zamówienia za cenę całkowitą w wysokości brutto zł (słownie:);

2) deklarujemy, że do wykonywania zamówienia zatrudnimy:

a) osobę/osoby niepełnosprawne, każdą na min.0,5 etatu,

b) osobę/osoby bezrobotne, każdą na min.0,5 etatu;

3) wnieśliśmy wadium na części 2 zamówienia w wysokości zł, w formie

(...)


* - niepotrzebne skreślić

Załącznik nr 2aA do Specyfikacji Warunków Zamówienia –
FORMULARZ CENOWY - CZĘŚĆ 1 ZAMÓWIENIA Obsługa publicznego szaletu
 mieszczącego się na terenie Cmentarza Komunalnego Oddział Osobowice we Wrocławiu

Lp.	Miesiąc	Liczba godzin [h]	Cena jednostkowa [zł/h]	wartość netto [zł] <i>(kol.3 x kol.4)</i>	Podatek VAT		wartość brutto [zł] <i>(kol.5 + kol.7)</i>
					stawka [%]	wartość [zł] <i>(kol.5 x kol.6)</i>	
1	2	3	4	5	6	7	8
1	styczeń 2023 r.	248		0,00		0,00	0,00
2	luty 2023 r.	224		0,00		0,00	0,00
3	marzec 2023 r.	248		0,00		0,00	0,00
4	kwiecień 2023 r.	330		0,00		0,00	0,00
5	maj 2023 r.	341		0,00		0,00	0,00
6	czerwiec 2023 r.	330		0,00		0,00	0,00
7	lipiec 2023 r.	341		0,00		0,00	0,00
8	sierpień 2023 r.	341		0,00		0,00	0,00
9	wrzesień 2023 r.	330		0,00		0,00	0,00
10	październik 2023 r.	341		0,00		0,00	0,00
11	listopad 2023 r.	273		0,00		0,00	0,00
12	grudzień 2023 r.	248		0,00		0,00	0,00
Cena (suma wartości za cały rok)				0,00	X	0,00	0,00

Uwaga: Formularz cenowy należy wypełnić zgodnie z opisem w rozdziale 20 SWZ i podpisać elektronicznie, w sposób zgodny z wymaganiami określonymi w rozdziale 18 SWZ.

Załącznik nr 2aB do Specyfikacji Warunków Zamówienia –
FORMULARZ CENOWY - CZĘŚĆ 2 ZAMÓWIENIA Obsługa publicznego szaletu
 mieszczącego się na terenie Cmentarza Komunalnego Oddział Psie Pole we Wrocławiu

Lp.	Miesiąc	Liczba godzin [h]	Cena jednostkowa [zł/h]	wartość netto [zł] (kol.3 x kol.4)	Podatek VAT		wartość brutto [zł] (kol.5 + kol.7)
					stawka [%]	wartość [zł] (kol.5 x kol.6)	
1	2	3	4	5	6	7	8
1	styczeń 2023 r.	248		0,00		0,00	0,00
2	luty 2023 r.	224		0,00		0,00	0,00
3	marzec 2023 r.	248		0,00		0,00	0,00
4	kwiecień 2023 r.	330		0,00		0,00	0,00
5	maj 2023 r.	341		0,00		0,00	0,00
6	czerwiec 2023 r.	330		0,00		0,00	0,00
7	lipiec 2023 r.	341		0,00		0,00	0,00
8	sierpień 2023 r.	341		0,00		0,00	0,00
9	wrzesień 2023 r.	330		0,00		0,00	0,00
10	październik 2023 r.	341		0,00		0,00	0,00
11	listopad 2023 r.	273		0,00		0,00	0,00
12	grudzień 2023 r.	248		0,00		0,00	0,00
Cena (suma wartości za cały rok)				0,00		0,00	0,00

Uwaga: Formularz cenowy należy wypełnić zgodnie z opisem w rozdziale 20 SWZ i podpisać elektronicznie, w sposób zgodny z wymaganiami określonymi w rozdziale 18 SWZ.

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Społeczne Przedsiębiorstwo Usługowe spółdzielnia socjalna z siedziba w Kostrzynie nad Odrą oraz Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego spółdzielnia socjalna z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą (dalej: Odwołujący) złożyli ofertę – Formularz oferty:

2. Składamy ofertę na część 1 zamówienia – obsługa publicznego szaletu mieszczącego się na terenie Cmentarza Komunalnego Oddział Osobowice we Wrocławiu:*

1) oferujemy wykonanie część 1 zamówienia za cenę całkowitą w wysokości brutto 115.547,50 zł (słownie: jed*jed*pie*pie*czt*sie*50/100);

2) deklarujemy, że do wykonywania zamówienia zatrudnimy:

a) osobę/osoby niepełnosprawne, każdą na min.0,5 etatu,

b) 2 osobę/osoby bezrobotne, każdą na min.0,5 etatu;

3) wnieśliśmy wadium na części 1 zamówienia w wysokości 1550 zł, w formie pieniądza

3. Składamy ofertę na część 2 zamówienia – obsługa publicznego szaletu mieszczącego się na terenie Cmentarza Komunalnego Oddział Psie Pole we Wrocławiu:*

1) oferujemy wykonanie część 2 zamówienia za cenę całkowitą w wysokości brutto 115.547,50 zł (słownie: jed*jed*pie*pie*czt*sie*50/100);

2) deklarujemy, że do wykonywania zamówienia zatrudnimy:

a) osobę/osoby niepełnosprawne, każdą na min.0,5 etatu,

b) 2 osobę/osoby bezrobotne, każdą na min.0,5 etatu;

Odwołujący załączył również odpowiednie załączniki - Formularze cenowe i tak:

Załącznik nr 2aA do Specyfikacji Warunków Zamówienia

FORMULARZ CENOWY - CZĘŚĆ 1 ZAMÓWIENIA *Obsługa publicznego szaletu mieszczącego się na terenie Cmentarza Komunalnego Oddział Osobowice we Wrocławiu*

Lp.	Miesiąc	Liczba godzin [h]	Cena jednostkowa [zł/h]	wartość netto [zł] <i>(kol.3 x kol.4)</i>	Podatek VAT		wartość brutto [zł] <i>(kol.5 + kol.7)</i>
					stawka [%]	wartość [zł] <i>(kol.5 x kol.6)</i>	
1	2	3	4	5	6	7	8
1	styczeń 2023 r.	248	21,90	5 431,20	zw	Nie dotyczy	5 431,20
2	lutych 2023 r.	224	32,90	7 369,60	zw	Nie dotyczy	7 369,60
3	marzec 2023 r.	248	32,90	8 159,20	zw	Nie dotyczy	8 159,20
4	kwiecień 2023 r.	330	32,90	10 857,00	zw	Nie dotyczy	10 857,00
5	maj 2023 r.	341	32,90	11 218,90	zw	Nie dotyczy	11 218,90
6	czerwiec 2023 r.	330	32,90	10 857,00	zw	Nie dotyczy	10 857,00
7	lipiec 2023 r.	341	32,90	11 218,90	zw	Nie dotyczy	11 218,90
8	sierpień 2023 r.	341	32,90	11 218,90	zw	Nie dotyczy	11 218,90
9	wrzesień 2023 r.	330	32,90	10 857,00	zw	Nie dotyczy	10 857,00
10	październik 2023 r.	341	32,90	11 218,90	zw	Nie dotyczy	11 218,90
11	listopad 2023 r.	273	32,90	8 981,70	zw	Nie dotyczy	8 981,70
12	grudzień 2023 r.	248	32,90	8 159,20	zw	Nie dotyczy	8 159,20
Cena (suma wartości za cały rok)				115 547,50	X	0,00	115 547,50

Wykonawca zwolniony z VAT (art. 113 ust. o VAT)

Załącznik nr 2aB do Specyfikacji Warunków Zamówienia

FORMULARZ CENOWY - CZĘŚĆ 2 ZAMÓWIENIA *Obsługa publicznego szaletu mieszczącego się na terenie Cmentarza Komunalnego Oddział Psie Pole we Wrocławiu*

Lp.	Miesiąc	Liczba godzin [h]	Cena jednostkowa [zł/h]	wartość netto [zł] <i>(kol.3 x kol.4)</i>	Podatek VAT		wartość brutto [zł] <i>(kol.5 + kol.7)</i>
					stawka [%]	wartość [zł] <i>(kol.5 x kol.6)</i>	
1	2	3	4	5	6	7	8
1	styczeń 2023 r.	248	21,90	5 431,20	zw	Nie dotyczy	5 431,20
2	lutych 2023 r.	224	32,90	7 369,60	zw	Nie dotyczy	7 369,60
3	marzec 2023 r.	248	32,90	8 159,20	zw	Nie dotyczy	8 159,20
4	kwiecień 2023 r.	330	32,90	10 857,00	zw	Nie dotyczy	10 857,00
5	maj 2023 r.	341	32,90	11 218,90	zw	Nie dotyczy	11 218,90
6	czerwiec 2023 r.	330	32,90	10 857,00	zw	Nie dotyczy	10 857,00
7	lipiec 2023 r.	341	32,90	11 218,90	zw	Nie dotyczy	11 218,90
8	sierpień 2023 r.	341	32,90	11 218,90	zw	Nie dotyczy	11 218,90
9	wrzesień 2023 r.	330	32,90	10 857,00	zw	Nie dotyczy	10 857,00
10	październik 2023 r.	341	32,90	11 218,90	zw	Nie dotyczy	11 218,90
11	listopad 2023 r.	273	32,90	8 981,70	zw	Nie dotyczy	8 981,70
12	grudzień 2023 r.	248	32,90	8 159,20	zw	Nie dotyczy	8 159,20
Cena (suma wartości za cały rok)				115 547,50	X	0,00	115 547,50

Wykonawca zwolniony z VAT (art. 113 ustawy o VAT).

Pismem z dnia 25 listopada 2022 roku Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień:

Zamawiający zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) wzywa do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty.

W Formularzu cenowym dotyczącym części 1 zamówienia i części 2 zamówienia wskazaliście Państwo, że jesteście zwolnieni z podatku VAT.

W związku z powyższym wzywam do złożenia dokumentów potwierdzających Państwa uprawnienie do zastosowania zwolnienia i niezastosowania stawki podatku VAT w wysokości 23%.

Pismem z dnia 26 listopada 2022 roku Odwołujący złożył odpowiedź o następującej treści: *Spółeczne Przedsiębiorstwo Usługowe spółdzielnia socjalna z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą oraz Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego spółdzielnia socjalna z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą, odpowiadając na pismo Zamawiającego z dnia 25.11.2022 r. (sprawa TT-28-04/2022), uprzejmie informuje, że kwestia zwolnienia podmiotowego z podatku VAT została wyjaśniona w ofercie.*

W kalkulacji ceny wskazano „Wykonawca zwolniony z VAT (art. 113 ustawy o VAT)”.

Wykonawców – jako spółdzielnie socjalne – obowiązuje Ustawa z dnia 27 kwietnia 2006 r. o spółdzielniach socjalnych. Zgodnie z tym aktem prawnym spółdzielnie socjalne mogą tworzyć konsorcjum spółdzielcze (art. 15b ust. 1). Jest to jedyne, nazwane wprost przez ustawodawcę, formalne konsorcjum. Przewidziane jest wyłącznie dla tej formy prawnej. Zgodnie z art. 15 ust. 5 Ustawy, w zakresie nieuregulowanym niniejszą ustawą do konsorcjum spółdzielczego stosuje się przepisy o spółce, o której mowa w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740). Spółki cywilne są odrębnym podmiotem na gruncie prawa podatkowego od tworzących je podmiotów. Spółka cywilna jest zwolniona z podatku podmiotowo, zgodnie z art. 113 ust. 1 ustawy o VAT. Zwolnienie będzie obowiązywało w całym okresie trwania zamówienia. W przypadku utracenia zwolnienia podmiotowego z podatku VAT, kolejne rozliczenia będą przebiegały z uwzględnieniem tego podatku przy niezmiennej cenie brutto. Zgodnie z aktualnym stanem faktycznym złożono ofertę z uwzględnieniem zwolnienia, z którego Wykonawca ma prawo korzystać i wykorzystać je w pełni. Na wypadek jego utracenia (wykorzystania), Wykonawca będzie uwzględniał podatek w swoich fakturach, ale dopiero od chwili kiedy będzie to tego zobowiązany. Nie ma to dla Zamawiającego znaczenia ekonomicznego, gdyż rozliczeń i oceny ofert dokonuje się jako kwot brutto, które nie ulegną zmianie w żadnym przypadku. Inna interpretacja powodowałaby odgórną konieczność rezygnacji z przysługującego zwolnienia podmiotowego od podatku – od całej kwoty wynagrodzenia, co nie byłoby nieprawidłowe.

Podsumowując, cena oferty brutto jest stała i niezmienna dla całego zamówienia.

Pismem z dnia 29 listopada 2022 roku Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego:

(...)

2. Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wzywam do złożenia wyjaśnień dotyczących Formularza cenowego dla części 1 i 2 zamówienia.

Po zapoznaniu się z Państwa wyjaśnieniami przesłanymi w dniu 28 listopada wynika, że przewidują Państwo utratę zwolnienia z podatku VAT. Zamawiający sumując zaoferowaną cenę brutto dla części 1 i części 2 zamówienia (kwota: 231 095,00 zł) oraz analizując Formularze cenowe, może stwierdzić, że przekroczenie 200 tys. złotych, tylko w ramach tego zamówienia, nastąpiłoby już w listopadzie 2023 roku.

W związku z tym, że pełne informacje na temat działalności Konsorcjum posiadają Państwo, wzywam do doprecyzowania, w którym czasie nastąpi utrata „zwolnienia z podatku VAT” przez Konsorcjum — od kiedy zostanie naliczany podatek VAT i w jakiej stawce.

Odwołujący pismem z dnia 2 grudnia 2022 roku złożył następujące wyjaśnienia:

Spółeczne Przedsiębiorstwo Usługowe spółdzielnia socjalna z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą oraz Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznej spółdzielnia socjalna z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą, odpowiadając na pismo Zamawiającego z dnia 29.11.2022 r. (sprawa TT-28-04/2022), uprzejmie informuje, że kwestia zwolnienia podmiotowego z podatku VAT została wyjaśniona w ofercie oraz piśmie z dnia 27.11.2022 r. Nadto, biorąc pod uwagę treść pisma wskazuje się, że przekroczenie zwolnienia podmiotowego nastąpi prawdopodobnie (nie jest to jednak pewne) dopiero w listopadzie 2023 r., a nie już w listopadzie 2023 r., jak wskazał Zamawiający. Jest to istotne od kwot faktur wystawianych Zamawiającemu i ich dat. W ramach konsorcjum spółdzielczego przychód będzie następował z działalności na rzecz Zamawiającego, gdyż celem konsorcjum jest współpraca i wspólna reintegracja społeczna i zawodowa skierowanych do usługi pracowników przy połączeniu wspólnych zasobów przedsiębiorstw. Ponownie wskazujemy, że cena oferty brutto jest stała i niezmienna dla całego zamówienia. W przypadku ewentualnego przekroczenia przychodów i rejestracji do podatku VAT usługa będzie objęta stawką 23% VAT.

Pismem z dnia 22 grudnia 2022 roku Zamawiający przekazała informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz zawiadomienie o odrzuceniu ofert w zakresie zadania 1 i zadania 2.

W zakresie tych informacji przekazano:

W zakresie zadania 1:

(...)

2. Zawiadomienie o odrzuconych ofertach

Oferta nr 3

Z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę nr 3 Wykonawcy:

Konsorcjum Firm:

- 1) Społeczne Przedsiębiorstwo Usługowe SPNS ul. Dworcowa 2, 66-470 Kostrzyn nad Odrą
- 2) Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego SPN.S. ul. Dworcowa 2, 66-470 Kostrzyn nad Odrą gdyż oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Uzasadnienie odrzucenia oferty:

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”), mieli obowiązek na potwierdzenie zaoferowanej ceny wraz z ofertą złożyć Formularz cenowy. Zamawiający dla części 1 zamówienia narucił wzór kalkulacji cenowej przedstawiony w załączniku nr 2aA do SWZ. Zgodnie z nim Wykonawcy między innymi mieli obowiązek wyliczenia wartości netto, wartości podatku VAT oraz wartości brutto dla poszczególnych miesięcy 2023 r., a suma tych wartości stanowiła cenę całkowitą oferty.

Zamawiający na etapie badania oferty Konsorcjum, a w szczególności Formularza cenowego, powziął wątpliwość, czy Wykonawca właściwie zastosował podmiotowe zwolnienie z podatku VAT dla wszystkich 12 miesięcy. Z wyliczeń Zamawiającego wynikało, że sumując cenę jedynie za część 1 i część 2 zamówienia (nie wliczając zawartych kontraktów na 2023 r. z innymi zamawiającymi publicznymi - informacje dostępne w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz na stronach zamawiających publicznych), Wykonawca przekracza kwotę zwolnienia o ponad 30 tys. złotych. W związku z tym zwrócił się do Konsorcjum dwukrotnie (25.11.2022 r. i 29.11.2022 r.) o złożenie wyjaśnień w zakresie zastosowania zwolnienia. W drugim wezwaniu Zamawiający wprost zażądał, aby Konsorcjum wskazało cyt.: w którym czasie nastąpi utrata „zwolnienia z podatku VAT” przez Konsorcjum - od kiedy zostanie naliczany podatek VAT i w jakiej stawce. Wykonawca pomimo dwukrotnego wezwania udzielał wymijających, niejednoznacznych odpowiedzi informujących, że zwolnienie podatkowe powinno obejmować cały okres realizacji zamówienia jednocześnie wskazując, że cyt. W przypadku ewentualnego przekroczenia przychodów i rejestracji do podatku VAT usługa będzie objęta stawką 23% VAT. Z wyjaśnień Wykonawcy wynika, iż przewiduje on utratę zwolnienia w trakcie realizacji zamówienia i będzie zobowiązany do wystawiania faktur z podatkiem VAT ze stawką 23%, a to oznacza, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny. Taką wiedzę posiadał wyłącznie Wykonawca i to on był zobligowany przygotować ofertę z uwzględnieniem kiedy wg jego wiedzy nastąpi konieczność naliczenia podatku VAT, którą już w tym momencie Wykonawca przewiduje.

Zamawiający po dogłębnym przeanalizowaniu oferty, wyjaśnień Konsorcjum oraz informacji o zawartych kontraktach z innymi zamawiającymi publicznymi stwierdził, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, który powoduje niemożliwość porównania jej z pozostałymi ofertami złożonymi w postępowaniu.

Cena ofertowa powinna być ustalona przez wykonawców w oparciu o opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego w sposób jednakowy dla wszystkich wykonawców. Możliwość porównania ofert przez Zamawiającego, zwłaszcza dzięki zastosowaniu przez wykonawców jednakowego sposobu obliczania ceny ofertowej (zastosowanie wzoru Formularza cenowego), stanowi podstawę prawidłowej merytorycznej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W tym miejscu, należy zwrócić uwagę na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. (sygn. akt: III CZP 52/11), który wskazał, że o porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny, można zatem mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównywania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł. Ponadto, Sąd Najwyższy wskazał, iż określenie ceny z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek do stwierdzenia omyłki.

Odnosząc się do powyższego Zamawiający informuje, że oferta złożona przez Konsorcjum została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, gdyż zawiera błąd w obliczeniu ceny.

oraz w zakresie Zadania 2:

(...)

2. Zawiadomienie o odrzuconych ofertach

Oferta nr 3

Z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę nr 3 Wykonawcy: Konsorcjum Firm:

- 1) Społeczne Przedsiębiorstwo Usługowe SPNS ul. Dworcowa 2, 66-470 Kostrzyn nad Odrą
- 2) Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego SPN.S. ul. Dworcowa 2, 66-470 Kostrzyn nad Odrą gdyż oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Uzasadnienie odrzucenia oferty:

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej „SWZ”), mieli obowiązek na potwierdzenie zaoferowanej ceny wraz z ofertą złożyć Formularz cenowy. Zamawiający dla części 2 zamówienia narzucił wzór kalkulacji cenowej przedstawiony w załączniku nr 2aB do SWZ. Zgodnie z nim Wykonawcy

między innymi mieli obowiązek wyliczenia wartości netto, wartości podatku VAT oraz wartości brutto dla poszczególnych miesięcy 2023 r., a suma tych wartości stanowiła cenę całkowitą oferty.

Zamawiający na etapie badania oferty Konsorcjum, a w szczególności Formularza cenowego, powziął wątpliwość, czy Wykonawca właściwie zastosował podmiotowe zwolnienie z podatku VAT dla wszystkich 12 miesięcy. Z wyliczeń Zamawiającego wynikało, że sumując cenę jedynie za część 1 i część 2 zamówienia (nie wliczając zawartych kontraktów na 2023 r. z innymi zamawiającymi publicznymi - informacje dostępne w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz na stronach zamawiających publicznych), Wykonawca przekracza kwotę zwolnienia o ponad 30 tys. złotych. W związku z tym zwrócił się do Konsorcjum dwukrotnie (25.11.2022 r. i 29.11.2022 r.) o złożenie wyjaśnień w zakresie zastosowania zwolnienia. W drugim wezwaniu Zamawiający wprost zażądał, aby Konsorcjum wskazało cyt.: w którym czasie nastąpi utrata „zwolnienia z podatku VAT” przez Konsorcjum - od kiedy zostanie naliczany podatek VAT i w jakiej stawce. Wykonawca pomimo dwukrotnego wezwania udzielał wymijających, niejednoznacznych odpowiedzi informujących, że zwolnienie podatkowe powinno obejmować cały okres realizacji zamówienia jednocześnie wskazując, że cyt. W przypadku ewentualnego przekroczenia przychodów i rejestracji do podatku VAT usługa będzie objęta stawką 23% VAT. Z wyjaśnień Wykonawcy wynika, iż przewiduje on utratę zwolnienia w trakcie realizacji zamówienia i będzie zobowiązany do wystawiania faktur z podatkiem VAT ze stawką 23%, a to oznacza, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, Taką wiedzę posiadał wyłącznie Wykonawca i to on był zobligowany przygotować ofertę z uwzględnieniem kiedy wg jego wiedzy nastąpi konieczność naliczenia podatku VAT, którą już w tym momencie Wykonawca przewiduje.

Zamawiający po dogłębnym przeanalizowaniu oferty, wyjaśnień Konsorcjum oraz informacji o zawartych kontraktach z innymi zamawiającymi publicznymi stwierdził, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, który powoduje niemożliwość porównania jej z pozostałymi ofertami złożonymi w postępowaniu.

Cena ofertowa powinna być ustalona przez wykonawców w oparciu o opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego w sposób jednakowy dla wszystkich wykonawców. Możliwość porównania ofert przez Zamawiającego, zwłaszcza dzięki zastosowaniu przez wykonawców jednakowego sposobu obliczania ceny ofertowej (zastosowanie wzoru Formularza cenowego), stanowi podstawę prawidłowej merytorycznej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W tym miejscu, należy zwrócić uwagę na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. (sygn. akt: III CZP 52/11), który wskazał, że o porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny, można zatem mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównywania, zostały obliczone z zachowaniem

tych samych reguł. Ponadto, Sąd Najwyższy wskazał, iż określenie ceny z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek do stwierdzenia omyłki.

Odnosząc się do powyższego Zamawiający informuje, że oferta złożona przez Konsorcjum została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, gdyż zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Izba zważyła w zakresie zarzutów odwołania:

Izba na wstępie wskazując, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 226 ust. 1 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)
10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

W zakresie zarzutów: naruszenia **art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy** przez odrzucenie oferty Odwołującego wskutek uznania, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, podczas gdy oferta jest prawidłowo skalkulowana, w sposób podany przez Zamawiającego w SWZ i zawiera właściwą stawkę oraz wartość podatku – Izba uznała zarzut za niezasadny

Na wstępie Izba stwierdza, że odwołanie dotyczy Część 1 i 2 przedmiotu zamówienia określonego przez Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie Część 1 i Część 2 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy. Wymaga wskazania w tym miejscu, że w postępowaniu odwoławczym Izba poddaje ocenie czynność Zamawiającego, której dokonuje on w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie informacji jakie w tym postępowaniu były mu dostępne.

Z akt sprawy o zamówienie publiczne jednoznacznie wynika, że dla każdego Zadania tj. dla Części 1 i Części 2 Odwołujący zastosował w Formularzu cenowym zwolnienie z VAT przy kalkulacji całości ceny oferty dla danego Zadania podając w zakresie każdego zadania „Wykonawca zwolniony z VAT (art. 113 ustawy o VAT)”.

Zamawiający w pierwszej kolejności prosił Odwołującego o wyjaśnienie i przedstawienie dokumentów potwierdzających zwolnienie ze stosowania stawki podatku VAT 23%.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że wezwanie do złożenia wyjaśnień o jakie zwrócił się Zamawiający dotyczyła sumarycznie zarazem Części 1 i Części 2. Wymaga podkreślenia, że oferta Odwołującego dla każdego z części była tą, która była najkorzystniejsza, co potwierdza również stanowisko Odwołującego uzasadniające interes we wniesieniu odwołania. Tym samym zasadne było wzywanie do złożenia wyjaśnienia w zakresie obu części (Części 1 i Części 2), dla których złożył Odwołujący oferty na kwotę 115 547,50 zł brutto każda, co łącznie daje kwotę 231 095,00 zł brutto.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że na podstawie art. 15 b ust. 1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2006 roku o spółdzielniach socjalnych (tj. z dnia 18 listopada 2020 r.; Dz.U. z 2020 r. poz. 2085) spółdzielnie socjalne mogą tworzyć *konsorcjum spółdzielcze* w formie umowy w celu:

(1) zwiększenia potencjału ekonomicznego i społecznego zrzeszonych spółdzielni socjalnych lub (2) wspólnego organizowania sieci produkcji, handlu lub usług, lub (3) organizowania wspólnej promocji działań spółdzielczych lub ekonomicznych, lub (4) promocji wspólnego znaku towarowego, o którym mowa w ustawie z dnia 30 czerwca 2000 r. - Prawo własności przemysłowej (Dz.U. z 2020 r. poz. 286, 288 i 1086). Jednocześnie – co ma znaczenie dla tego postępowania odwoławczego, a co zostało pominięte przez Odwołującego - *konsorcjum spółdzielcze* może ubiegać się o udzielenie zamówienia na zasadzie wspólnego występowania w zamówieniach publicznych oraz zapytaniach ofertowych, do których nie stosuje się przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (art. 15b ust. 2 ustawy o spółdzielniach socjalnych). Powyższy przepis jednoznacznie wskazuje w ocenie Izby, że w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego zgodnie z ustawą prawo zamówień publicznych, *konsorcjum spółdzielcze* może ubiegać się o udzielenie zamówienia na „zasadzie wspólnego występowania”. Zgodnie z art. 58 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Jest to praktyka znana Prawu zamówień publicznych również w oparciu o wcześniej obowiązujące regulacje prawne ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, a w doktrynie i orzecznictwie ugruntowane są stanowiska w tym zakresie, które pozostają aktualne również obecnie. Zgodnie z ustawą wspólne ubieganie się o zamówienie polega na łączeniu się wykonawców w grupy w celu złożenia wspólnej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zestawiając powyższe przepisy należy jednoznacznie wskazać, że *konsorcjum spółdzielcze* to na kanwie zamówień publicznych nic innego jak wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie, dla których prawodawca zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych nie

wymaga żadnej szczególnej formy prawnej. Więcej, Zamawiający nie może narzucić wykonawcą wspólnie ubiegającym się o zamówienie jakiegokolwiek konkretnej formy prawnej, także *konsorcjum spółdzielczemu*. Jednocześnie należy wskazać, że regulacja *konsorcjum spółdzielczego* nie przenosi się automatycznie na kanwę zamówień publicznych, bowiem odniesienie do możliwości wspólnego występowania o zamówienie statuuje obowiązek postępowania zgodnie z regulacją ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba nie podziela stanowiska prezentowanego przez Odwołującego, że z przepisów wynika, że *konsorcjum spółdzielcze* tworzy spółkę cywilną *ex lege*. Z przepisów nie wynika w żaden sposób, że *konsorcjum spółdzielcze* stanowi spółkę cywilną, bowiem w art. 15 b ust. 4 ustawy o spółdzielniach socjalnych wskazano, że w zakresie nieuregulowanym niniejszą ustawą do *konsorcjum spółdzielczego* stosuje się przepisy o spółce, o której mowa w Kodeksie cywilnym. Tym samym, do *konsorcjum spółdzielcze* stosują się przepisy o spółce cywilnej, ale samo *konsorcjum spółdzielcze* nie staje się przez to spółką cywilną. Na potrzeby zamówień publicznych *konsorcjum spółdzielcze*, zgodnie z art. 15b ust. 2 ustawy o spółdzielniach socjalnych oraz art. 58 ust. 1 ustawy, to wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie. Natomiast forma jaką przyjmą na potrzeby złożenia oferty w danym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego wynika jedynie z woli tych podmiotów (porównaj wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 30 czerwca 2021 r. sygn. akt III CSKP 75/21).

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego jakoby *konsorcjum spółdzielcze*, które złożyło ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego w zakresie Części 1 i Części 2 jako spółka cywilna, Izba argumentację tę uznaje za niezasadną oraz niezgodną ze stanem faktycznym wynikającym z treści złożonej oferty.

Po pierwsze, zgodnie z art. 860 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku (tj. z dnia 9 czerwca 2022 r.; Dz.U. z 2022 r. poz. 1360) Umowa spółki powinna być stwierdzona pismem (§ 2) – w odpowiedzi na pytanie o umowę spółki pełnomocnik Odwołującego oświadczyła, że *do tego postępowania nie ma zawartej umowy spółki cywilnej na piśmie*. Z punktu widzenia przepisów prawa cywilnego jedynym wymogiem utworzenia spółki cywilnej jest zawarcie umowy spółki (...) Umowa spółki cywilnej powinna być sporządzona na piśmie, przy czym jest to forma zastrzeżona dla celów dowodowych. (...) w przypadku gdy choćby jedną ze stron umowy spółki cywilnej ma być podmiot podlegający wpisowi do KRS, to z uwagi na brzmienie art. 45 ust. 7 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 roku o Krajowym Rejestrze Sądowym (tj. z dnia 23 czerwca 2022 r.; Dz.U. z 2022 r. poz. 1683; dalej: KRS) mamy tu do czynienia ze szczególnym przypadkiem, w którym przepis ustawy publicznoprawnej (KRS) *de facto* modyfikuje zasadę przewidzianą w ustawie prywatnoprawnej (KC) przez wprowadzenie

bezwzględny wymogu dochowania formy pisemnej dla wskazanych umów spółki cywilnej. (M. Załucki (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Wyd. 3, Warszawa 2023, Legalis). W rozpoznawanym przypadku spółdzielnie socjalne wpisane są do Krajowego Rejestru Sądowego, tym samym umowa spółki cywilnej powinna być stwierdzona na piśmie.

Po drugie, zgodnie z art. 45 ust. 7 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 roku o Krajowym Rejestrze Sądowym (tj. z dnia 23 czerwca 2022 r.; Dz.U. z 2022 r. poz. 1683) przedsiębiorca, który zgłasza do Rejestru okoliczność zawarcia umowy spółki cywilnej, składa do akt rejestrowych odpis umowy spółki. O zmianach umowy przedsiębiorca jest obowiązany zawiadomić sąd rejestrowy oraz złożyć do akt rejestrowych tekst jednolity tej umowy. Natomiast w wyciągach z KRS obu spółdzielni socjalnych składających wspólnie ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia w Dziale 1 Rubryka 1 pkt 5 podano, że *„przedsiębiorca nie prowadzi działalności gospodarczej z innymi podmiotami na podstawie umowy spółki cywilnej”*.

Po trzecie, ustawa Kodeks cywilny nie określa wymagań co do nazwy spółki cywilnej. W orzecznictwie podkreśla się, że konieczne jest odróżnienie spółki cywilnej od przedsiębiorstwa prowadzonego przez tę spółkę. O ile spółka cywilna powinna być oznaczona imieniem i nazwiskiem wspólników, o tyle przedsiębiorstwo przez nich prowadzone może też tak być oznaczone, ale nie musi. Przy czym wskazuje się na konieczność podania „spółka cywilna” stanowiącego wyróżnienie spółki od przedsiębiorców działających w jej ramach (porównaj: Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11 marca 2003 r., sygn. akt V CKN 1872/00). Z punktu widzenia podatkowego uwidocznienie brzmienia nazwisk wspólników (nazw przedsiębiorców) w nazwie spółki jest natomiast obojętne, bowiem nazwa spółki cywilnej jako podatnika nie musi uzewnętrzniać imion i nazwisk wspólników ją tworzących, bowiem dane te zawiera zgłoszenie identyfikacyjne (albo aktualizacyjne) takiej spółki. Spółka, w kontaktach z organami podatkowymi, zawsze podaje swój numer identyfikacji podatkowej (porównaj: Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 14 września 2010 r., sygn. akt I FSK 1443/09). Zgodnie z art. 2 ustawy z dnia 13 października 1995 roku o zasadach ewidencji i identyfikacji podatników i płatników (tj. z dnia 28 października 2022 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 2500) spółka cywilna sama jest podatnikiem i dlatego musi posiadać własny numer NIP niezależnie od numerów identyfikacyjnych wspólników (porównaj: Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 31 marca 2008 r. sygn. akt VI SA/Wa 26/08 - *W dziedzinie prawa podatkowego spółka cywilna z uwagi na treść art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług - VATU (Dz.U. Nr 54, poz. 535 ze zm.), jako jednostka organizacyjna nie mająca osobowości prawnej, ma podmiotowość prawną, jest podatnikiem podatku VAT i wystawia faktury VAT, jako spółka. Z tym uregulowaniem powiązane jest ściśle posiadanie przez spółkę cywilną na mocy art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 13 października*

1995 r. o zasadach ewidencji podatników i płatników (t.j. Dz.U. z 2004 r. Nr 269, poz. 2681 ze zm.), dalej zwana EwPodU, własnego numeru identyfikacji podatkowej NIP. Numer ten jest niezależny od numerów NIP każdego ze współników.)

Dowód nr 1 przedstawiony przez Odwołującego, dowodzi w ocenie Izby jedynie tylko tego, że podmioty tam wskazane w umowie zawierają „umowy spółki cywilnej”, ale nie dowodzi tego, że w tym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego ofertę złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, którzy działają w formie spółki cywilnej. Dowód ten jednocześnie potwierdza w ocenie Izby, że Odwołujący w sposób prawidłowy dekoduje postanowienia Kodeksu cywilnego oraz znane są mu wymagania co do zawarcia umowy spółki cywilnej na piśmie oraz jej faktycznego prawidłowego określenia.

W żaden sposób nie wykazano, że oferta została złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, została złożona przez wykonawców działających w formie spółki cywilnej, a tym samym posiadającej NIP, REGON i będącej podatnikiem podatku VAT, od którego może spółka być zwolniona. Warto podkreślić, że w Formularzu oferty jakie złożył Odwołujący zostały podane nazwy wykonawców tj: Społeczne Przedsiębiorstwo Usługowe spółdzielnia socjalna z siedziba w Kostrzynie nad Odrą oraz Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego spółdzielnia socjalna z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą oraz dla każdego z nich osobno został podany NIP, nie podano natomiast innego NIPu tj. dla spółki cywilnej.

Mając na uwadze treść złożonych wyjaśnień przez Odwołującego Izba stwierdza, że podnoszone przez wykonawcę Odwołującego zwolnienie podatkowe dla spółki cywilnej na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towaru i usług (tj. z dnia 7 kwietnia 2022 r. Dz.U. z 2022 r. poz. 931) - *zwalnia się od podatku sprzedaż dokonywaną przez podatników, u których wartość sprzedaży nie przekroczyła łącznie w poprzednim roku podatkowym kwoty 200 000 zł. Do wartości sprzedaży nie wlicza się kwoty podatku* - nie znajduje uzasadnienia, bowiem nie wykazano, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie działają w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego w formie spółki cywilnej, która miałaby być zwolniona z VAT na podanej podstawie. Izba podkreśla, że Odwołujący w treści odwołania jak i na rozprawie swoją argumentację opiera o to, że zwolnienie z VAT wynika ze złożenia oferty przez „konsorcjum” zwanego też „wykonawcą”, a mającego działać w formie spółki cywilnej. Niemniej okoliczności te nie zostały w żaden sposób wykazane i w zasadzie z niczego nie wynikają twierdzenia Odwołującego o występowaniu w postępowaniu o zamówienie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w formie spółki cywilnej. W żaden sposób nie wynika z treści złożonej oferty, że składającym ofertę są wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie działający w formie spółki cywilnej. Dodatkowo Izba dostrzegła,

że Odwołujący zaprzecza sam sobie, bowiem złożył do protokołu oświadczenie *za każdym razem do każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum tworzy osobną spółkę cywilną*, co dowodzi w ocenie Izby, że Odwołujący nie może korzystać ze zwolnienia podatkowego na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy o podatku od towaru i usług, bowiem w przypadku tej spółki powołanej do tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie można mówić o podstawie zwolnienia wynikającej ze sprzedaży w poprzednim roku podatkowym nieprzekraczającej kwoty 200 000zł.

Tym samym, fakt podnoszenia zwolnienia podatkowego dla spółki cywilnej, jako wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu w ogóle nie zaistniał.

Zamawiający w uzasadnieniu stanowiska odrzucenia oferty Odwołującego zarazem dla Części 1 i dla Części 2 podał, że *z wyjaśnień Wykonawcy wynika, iż przewiduje on utratę zwolnienia w trakcie realizacji zamówienia i będzie zobowiązany do wystawiania faktur z podatkiem VAT ze stawką 23%, a to oznacza, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny. Taką wiedzę posiadał wyłącznie Wykonawca i to on był zobligowany przygotować ofertę z uwzględnieniem kiedy wg jego wiedzy nastąpi konieczność naliczenia podatku VAT, którą już w tym momencie Wykonawca przewiduje*. Faktem jest, że Zamawiający jakby częściowo przyjął prezentowane stanowisko co do zwolnienia podmiotowego z podatku VAT, na co wskazuje brak podania przez Odwołującego w wyjaśnieniach informacji na temat upływu skuteczności zwolnienia z podatku VAT, przy czym nie wynika jednoznacznie ze stanowiska Zamawiającego, czy też odnosi to zwolnienie do zwolnienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia działających jako spółka cywilna czy też odnosi to do poszczególnych wykonawców, którzy razem złożyli ofertę w postępowaniu. W ocenie Izby Zamawiający jednakże prawidłowo zidentyfikował to, że w wyjaśnieniach wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie podana została przez Odwołującego informacja o utracie zwolnienia, jednocześnie nie wyjaśnia w jakim dokładnie momencie ta okoliczność będzie miała miejsce. Izba uznała, że oferta nie została złożona przez wykonawców działających wspólnie w formie spółki cywilnej. Jednakże, gdyby to była spółka cywilna, i gdyby zgodnie z art. 113 ust. 1 ustawy o podatku od towaru i usług podlegała zwolnieniu (czyli działała w ubiegłym roku podatkowym), to to zwolnienie byłoby jedynie do kwoty 200 000, 00 zł natomiast oferta przekracza tą kwotę o ok. 30 tysięcy złotych. To jednoznacznie dowodzi, że powstaje po obowiązek podatkowy. Wymaga podkreślenia, że sposób fakturowania za realizację usługi oznaczony był przez Zamawiającego, a kwota za realizację usługi dla każdego miesiąca jednoznacznie wynika z Formularza cenowego. Natomiast gdyby odnosić stanowisko Zamawiającego do poszczególnych wykonawców, którzy razem złożyli ofertę w postępowaniu, czyli do każdej ze spółdzielni, to w składanych wyjaśnieniach Odwołujący nie podał jakie byłyby ewentualne sposoby rozliczania w ramach

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia, w jaki sposób następowaloby fakturowanie i który podmiot, która ze spółdzielni korzystałby ze zwolnienia i w jakim terminie i zakresie oraz czy w ogóle dana spółdzielnia mogłaby korzystać ze zwolnienia z VAT. Odwołujący podnosił w odwołaniu brak zainteresowania Zamawiającego fakturowaniem na rzecz danej spółdzielni czyli danego wykonawcy wspólnie ubiegającego się o zamówienie – w ocenie Izby, po pierwsze: ponownie przeczy sam sobie Odwołujący, bowiem twierdzi, że składa ofertę jako spółka cywilna, a następnie wspomina o fakturowaniu na każdą spółdzielnię; po drugie – to po stronie Odwołującego pozostawał obowiązek wyjaśnienia Zamawiającemu okoliczności związanych ze zwolnieniem z VAT i utraceniem tego zwolnienia. Należy mieć w ocenie Izby również na uwadze zawarte wcześniej umowy na realizację określonych usług przez poszczególne spółdzielnie składające wspólnie ofertę w postępowaniu - Izba uznała za zasadne dowody złożone przez Zamawiającego oraz uczestnika postępowania odwoławczego ERA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie przy piśmie, a potwierdzających przekroczenie progów kwotowych sprzedaży w 2022 roku przez spółdzielnię, a uprawniających do korzystania ze zwolnienia z VAT na podstawie art. 133 ust. 1 ustawy o podatku od towaru i usług – które dowodzą, że brak jest faktycznej podstawy do zwolnienia z VAT, a czemu w żaden sposób nie zaprzeczył Odwołujący. Więcej, przedstawionymi dowodami Zamawiający wykazał, że w roku 2022 obie spółdzielnie tj. Społeczne Przedsiębiorstwo Usługowe spółdzielnia socjalna z siedziba w Kostrzynie nad Odrą oraz Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego spółdzielnia socjalna z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą na dzień 25 listopada 2022 roku zarejestrowane były jako podatnicy VAT – „podatnik VAT czynny” - (dowód przy piśmie Zamawiającego, dokument 8 i 9) – Izba podkreśla, że numery NIP podane w Formularzu oferty oraz w przedstawionych dokumentach są zbieżne. Takie stanowisko i dowód prezentuje też uczestnik postępowania ERA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie. Oznacza powyższe, że wymienione wyżej spółdzielnie nie korzystają ze zwolnienia z podatku VAT, nie są do tego uprawnione. Dowód nr 2 przedstawiony przez Odwołującego w ocenie Izby nie odnosi się do podmiotów, które składały ofertę w postępowaniu, bowiem traktują faktury o *Sprzedawcy*: Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Obszar Zachód 1, Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Obszar Południe 5, Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Obszar Północ 1 – żaden z tych podmiotów nie jest wykonawcą wspólnie składającym ofertę w tym postępowaniu, a w zasadzie trudno jest określić co to za podmioty, bowiem poza fakturami nie zostały przedstawione żadne inne dokumenty.

Zamawiający, mając na uwadze całą powyższą argumentację, w ocenie Izby prawidłowo dokonał odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Społeczne Przedsiębiorstwo Usługowe spółdzielnia socjalna z siedziba w Kostrzynie nad

Odrą oraz Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego spółdzielnia socjalna z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy tj. jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W rozpoznawanie sprawie odwołanie okazało się niezasadne z przyczyn wskazanych przez Izbę w uzasadnieniu wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 lit. a, b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. *w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: