

WYROK

z dnia 30 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2014 r. przez wykonawcę **FallWork Sp. z o. o. ul. Zeylanda 6/5, 60-808 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Sąd Rejonowy dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie ul. Marszałkowska 82, 00-517 Warszawa,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Outworking Sp. z o. o. Sp. k., Outworking APT Sp. z o. o. 2 Sp. k., Outworking Rekrutacja Sp. z o. o. 5 Sp. k., Outworking Rekrutacja Sp. z o. o. 8 Sp. k., Outworking Rekrutacja Sp. z o. o. 10 Sp. k., Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o. o. 1 Sp. k., Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o. o. 9 Sp. k., Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o. o. 14 Sp. k. ul. Langiewicza 2/10, 61-502 Poznań** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **FallWork Sp. z o. o. ul. Zeylanda 6/5, 60-808 Poznań** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **FallWork Sp. z o. o. ul. Zeylanda 6/5, 60-808 Poznań** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **FallWork Sp. z o. o. ul. Zeylanda 6/5, 60-808 Poznań** na rzecz zamawiającego - **Sądu Rejonowego dla Warszawy-Śródmieścia w Warszawie ul. Marszałkowska 82, 00-517 Warszawa** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez FallWork Sp. z o.o. [Odwołujący] w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Sąd Rejonowy dla Warszawy - Śródmieścia w Warszawie na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp lub Pzp], w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Świadczenie przez Agencję Pracy Tymczasowej usługi polegającej na skierowaniu pracowników tymczasowych do świadczenia pracy tymczasowej na rzecz Sądu Rejonowego dla Warszawy - Śródmieścia w Warszawie w okresie od dnia 01 stycznia 2015 roku (lub od dnia podpisania umowy, jeżeli podpisanie umowy nastąpi później niż 01 stycznia 2015) do dnia 31 grudnia 2015 r.” wobec zaniechania czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, polegających na zaniechaniu wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm z liderem Outworking Sp. z o.o. Sp. K. z Poznania [wykonawca Outworking lub Konsorcjum Outworking] oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy i wybór jego oferty, jako najkorzystniejszej.

Wskazanym czynnościom zarzucił naruszenie: art. 7 ust. 1 Pzp [nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem wymienionych przepisów] z uwagi na niezastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. art. 90 ust. 1 Pzp [oferta Outworking zawiera rażąco niską cenę], art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp [oferta Outworking obarczona jest błędem w obliczeniu ceny], art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp [złożenie oferty przez Outworking stanowi czyn nieuczciwej konkurencji] oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem naruszenie wskazanych przepisów doprowadziło do wyboru oferty, która nie może być uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący podał także, że na skutek czynności Zamawiającego interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, Odwołujący mógłby uzyskać niniejsze zamówienie, albowiem jego oferta sklasyfikowana została na drugim miejscu spośród nieodrzuconych ofert, odwołujący nie podlega wykluczeniu, jego oferta nie została odrzucona i w przypadku uwzględnienia odwołania Odwołujący uzyska przedmiotowe zamówienie. Powyższe dowodzi naruszenia interesu prawnego Odwołującego w uzyskaniu zamówienia i stanowi wystarczającą

przesłankę do skorzystania przez niego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 i nast. ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Outworking, powtórzenia badania oceny ofert, z odrzuceniem oferty wykonawcy Outworking, lub z ostrożności z nakazaniem wezwania konsorcjum Outworking do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, oraz wybór oferty najkorzystniejszej spośród wszystkich ważnych ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu z postępowania.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał w szczególności, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) Zamawiający zawarł szczegółowe informacje dotyczące kalkulacji ceny oferty. W rozdziale VII pkt 3 ppkt 7 określił minimalne wynagrodzenie, jakie muszą otrzymać pracownicy tymczasowi, wymagając zagwarantowania przez wykonawcę wypłatę pracownikom tymczasowym wynagrodzenia miesięcznego w wysokości nie niższej niż: 1.900,00 zł brutto w przypadku wykonywania obowiązków na stanowisku „Pomocnika urzędnika”; 2.300,00 zł brutto w przypadku wykonywania obowiązków na stanowisku „Pomocnika asystenta” „Pomocnika księgowego” oraz „Informatyka.” Ponadto, zgodnie z rozdziałem VI pkt 4 SIWZ wynagrodzenie wykonawcy musiało obejmować: a) sumę kosztów miesięcznych wynagrodzeń brutto zawierającą miesięczną kwotę składek na ubezpieczenia społeczne obciążające pracodawcę, miesięczne składki na Fundusz Pracy, miesięczne kwoty na PFRON; b) wszystkie składniki cenotwórcze, w tym m.in.: koszty badań lekarskich, założenia i prowadzenia akt osobowych oraz ich przechowywania, administrowania kartami pracy, koszty związane z kontaktami z instytucjami m.in. z ZUS, Urzędem Skarbowym, Urzędem Pracy, koszty rozliczania zwolnień lekarskich, stawek urlopowych i ekwiwalentu za urlop wypoczynkowy, przygotowania i wypłacenia wynagrodzenia za pracę pracownikom tymczasowym, koszty związane z przygotowaniem dokumentacji związanej z nawiązaniem i rozwiązaniem stosunku pracy, z prowadzeniem rekrutacji pracowników tymczasowych, koszty wykonywania czynności koordynatora wyznaczonego do bezpośrednich kontaktów z Zamawiającym, przygotowywania zaświadczeń związanych z bieżącą współpracą, koszty związane z wystawianiem deklaracji PIT, ewentualne koszty ubezpieczenia NNWiTp; c) miesięczny narzut Agencji Pracy Tymczasowej. Zdaniem Odwołującego cena oferty Outworking nie pokrywa minimalnych kosztów narzuconych postanowieniami SIWZ. Zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa nie jest możliwe wykonanie zamówienia za cenę zaoferowaną przez wybranego wykonawcę. Odwołujący pomija przy tym takie składniki wynagrodzenia jak zysk, koszty rekrutacji, prowadzenie akt osobowych, koszty zwolnień

lekarskich, rozliczeń z ZUS i US, które na potrzeby sformułowania powyższego zarzutu skalkulowane zostały na poziomie zerowym. Same tylko płace pracowników wraz z obowiązującymi obciążeniami i podatkiem VAT dają sumę wyższą niż cena oferty Outworking. Dalej podał, że w toku prowadzonego postępowania Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, nie odrzucono też jego oferty, pomimo że Zamawiającemu znane były minimalne koszty świadczenia usługi - sam je bowiem określił w SIWZ. Zdaniem Odwołującego, w świetle powyższego zasadnym staje się również postawienie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy PZP.

Wykonawca stwierdził ponadto, że oferta wykonawcy Outworking obarczona jest błędem w obliczeniu ceny wskazując, że (...) Na stronie pierwszej formularza oferty wykonawca zaoferował wykonanie zamówienia w zakresie skierowania pracowników na stanowisko „Pomoc urzędnika” w cenie miesięcznej brutto za 18 pracowników wynoszącej 48 360,00 zł. Wymagany okres świadczenia usługi to 12 miesięcy, w związku z czym cena za 12 miesięcy w tej pozycji powinna wynosić 580 320,00 zł ($48.360,00 * 12$) a nie 580 392,00 zł jak podał wykonawca. Zamawiający pominął ten błąd w procesie badania i oceny ofert, zaniechał wyjaśnienia okoliczności jego powstania oraz ustalenia prawidłowego wynagrodzenia wykonawcy. Wybrano ofertę zawierającą błąd w obliczeniu ceny”.

Odwołujący z ostrożności procesowej podniósł również zarzut złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji oraz zawierającej niewłaściwą stawkę podatku VAT (błąd w obliczeniu ceny). W tym przypadku wskazał, że (...) W innych podobnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego mieliśmy do czynienia z zawiązywaniem przez różne grupy spółek z liderem Outworking Sp. z o.o. Sp. k. konsorcjów, których jednym celem było uniknięcie zapłaty podatku VAT związanego z realizacją zamówienia publicznego. W przedmiotowym postępowaniu wybrany wykonawca nie złożył w ofercie żadnego oświadczenia w tym zakresie a sam formularz ofertowy nie przewidywał określenia kwot netto i podatku VAT”. W ocenie Odwołującego (...) złożenie oferty przez konsorcjum ośmiu spółek oznacza, że wykonawca nie doliczył do ceny oferty podatku VAT lub zamierza zrealizować zamówienie z rażąco niską ceną (z prawidłowo naliczonym podatkiem VAT). Uniknięcie zapłaty podatku VAT, a co za tym idzie obniżenie ceny oferty nawet o 23% możliwe jest wedle Outworking Sp. z o.o. w przypadku zawiązania konsorcjum przez kilka spółek i wspólne realizowanie przez nich zamówienia z wykorzystaniem limitu zwolnienia z podatku VAT w kwocie do 150 000,00 zł przychodu rocznie. Limit ten określony został w art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2014 roku o podatku od towarów i usług (Dz. U. Z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 ze zm.). W przedmiotowej sprawie zarówno w treści oferty jak i w toku badania i oceny ofert nie zostały złożone żadne oświadczenia dotyczące zastosowanej

stawki podatku VAT, jak i ewentualnej podstawy prawnej takiego działania". Dalej podał, że Zamawiający nie jest upoważniony do oceny ofert na podstawie swoich domysłów, czy praktyki wykonawcy w innych postępowaniach przetargowych. Stanowiłoby to jawne naruszenie art. 9 ust. 1 ustawy, w którym nakazano prowadzenie postępowania w formie pisemnej. Niedopuszczalnym jest, aby Zamawiający wybierał ofertę zawierającą cenę, która nie pokrywa kosztów realizacji zamówienia przyjmując w swoich domysłach, że wykonawca może korzystać z jakichś zwolnień czy to podatkowych, czy też w składkach na ubezpieczenie społeczne. Odwołujący stwierdził, że jeżeli nawet wybrany wykonawca zaoferował ofertę ze stawką VAT inną niż 23%, korzystając z mechanizmu opisanego powyżej to takie działanie nie wywiera zamierzonego przez Outworking skutku. Zarejestrowanie kilkudziesięciu spółek, które tworzą grupę kapitałową, posiadają ten sam adres, zarząd, udziałowców i zakres działalności a nawet zbliżone nazwy ma na celu wyłącznie obejście przepisów prawa podatkowego. Wykonawca powołując się na orzecznictwo KIO [Sygn. akt KIO 1852/14 i KIO 1853/14] oraz orzecznictwo TSUE i stanowisko polskiego Ministerstwa Finansów (wyrażonym m.in. w projekcie zmian w prawie mających na celu doprecyzowanie tzw. klauzuli antyabuzywnej) stwierdził, że obejście prawa występuje, kiedy podatnik wykorzystuje określone konstrukcje prawne w sposób sztuczny (bez uzasadnienia ekonomicznego), dla osiągnięcia konkretnych (preferencyjnych) skutków podatkowych. Zidentyfikowane obejście prawa powinno mieć ten skutek, iż konsekwencje danej transakcji, czy operacji należy określać, tak jakby sztuczna konstrukcja prawna nie została wprowadzona. Pomimo, iż aktualnie klauzula obejścia prawa jest w polskim prawodawstwie obecna w ograniczonym stopniu, to jednak jej stosowanie wymusza m.in. orzecznictwo TSUE (tj. klauzule należy stosować z uwzględnieniem orzecznictwa TSUE). Wskazał przykładowo, że w wyroku TSUE w sprawie C-255/02 (Halifax), podano, że klauzula ta powinna mieć zastosowanie w zakresie VAT, nawet jeżeli krajowe ustawodawstwo nie zawiera precyzyjnych wskazówek co do jej rozumienia. Zgodnie ze stanowiskiem TSUE, skuteczne powoływanie się na brzmienie danego przepisu prawa wyłącznie celem uzyskania korzyści sprzecznych z celem danego przepisu nie powinno mieć miejsca. Stosowanie przepisów prawa podatkowego powinno być ograniczone wyłącznie do tych przypadków; kiedy ma to racjonalne uzasadnienie biznesowe (ekonomiczne) oraz nie jest sprzeczne z celem poszczególnych przepisów podatkowych. W przypadku stwierdzenia obejścia (nadużycia) prawa podatkowego dla danej transakcji należy określić takie konsekwencje podatkowe, jakie wystąpiłyby gdyby do takiego nadużycia nie doszło. W świetle przywołanej definicji klauzuli antyabuzywnej (ukształtowanej na gruncie orzecznictwa TSUE), dla stwierdzenia obejścia (nadużycia) prawa konieczne jest: aby transakcji czy zdarzeń, które spełniają formalne przesłanki przewidziane w przepisach podatkowych skutkowały uzyskaniem korzyści podatkowej, której przyznanie byłoby sprzeczne z celem tych przepisów, oraz - aby z ogółu obiektywnych okoliczności wynikało,

że zasadniczym celem tych transakcji czy zdarzeń jest uzyskanie korzyści podatkowej. Odwołujący wskazał, że liczba ośmiu spółek zaangażowanych w konsorcjum, z których prawdopodobnie siedem korzysta ze zwolnienia w podatku VAT daje wybranemu wykonawcy możliwość zrealizowania zamówienia do kwoty 1.050.000,00 zł (7*150.000,00) bez podatku VAT. Gdyby kwota ta podlegała w całości opodatkowaniu należnym podatkiem w stawce 23% to do oferty należałoby doliczyć podatek w kwocie 241.500,00 zł. W takiej sytuacji oferta Outworking sklasyfikowana byłaby na ostatnim miejscu, daleko za wszystkimi innymi ofertami. Oznacza to, że zastosowanie sztucznej, nieuzasadnionej struktury mającej na celu obniżenie podatku VAT było jedyną przyczyną wygrania przez Outworking przedmiotowego postępowania. Bezsprzecznym zatem jest, że doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Istotą uczciwej konkurencji jest rywalizacja pomiędzy przedsiębiorstwami w zakresie kosztów świadczenia usług, technologii, jakości. Tworzenie konsorcjum przez osiem spółek wyłącznie w celu uniknięcia zapłaty podatku VAT stanowi jaskrawe wypaczenie wolnego rynku i uczciwej konkurencji. W zaistniałym stanie faktycznym nie ma znaczenia obniżenie marży, cięcie kosztów własnych - jedyną możliwą metodą na podjęcie rywalizacji z nieuczciwym przedsiębiorcą jest zastosowanie jego techniki, tj. złożenie oferty przez konsorcjum wielu podmiotów. Odwołujący w konkluzji stwierdził, że na fakt naruszenia opisanym postępowaniem zasad uczciwej konkurencji zwróciła również uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu wyroku Sygn. akt. KIO 2254/14, w którym nakazano odrzucenie oferty konsorcjum z liderem Outworking Sp. z o.o. Sp. k. z powodu złożenia jej w konsorcjum wielu spółek w celu uniknięcia zapłaty podatku VAT.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Outworking Sp. z o. o. Sp. k., Outworking APT Sp. z o. o. 2 Sp. k., Outworking Rekrutacja Sp. z o. o. 5 Sp. k., Outworking Rekrutacja Sp. z o. o. 8 Sp. k., Outworking Rekrutacja Sp. z o. o. 10 Sp. k., Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o. o. 1 Sp. k., Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o. o. 9 Sp. k., Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o. o. 14 Sp. k. z Poznania wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości, podnosząc w szczególności, co następuje:

Do zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Outworking z powodu rzekomo rażąco niskiej ceny oraz zaniechania zastosowania procedury wyjaśnienia, czy cena nie jest rażąco niska odniósł się łącznie podając, że odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny (art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp) nie może nastąpić bez poprzedzenia tej czynności uzyskaniem od wykonawcy wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wskazał, że nie wszczął procedury wyjaśnienia ceny w stosunku do żadnego z wykonawców biorących udział w postępowaniu, gdyż nie miał żadnych wątpliwości, co do tego, że zaoferowane ceny nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Dalej podał, że oferta Konsorcjum Outworking stanowi 91,37 % kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotowego zamówienia. Z kolei oferta Odwołującego stanowi 96 % tej kwoty. Zatem oferta Konsorcjum Outworking jest niższa zaledwie o 8.63 % od kwoty podanej przez Zamawiającego. Sam fakt, że oferta Odwołującego jest bliższa założeniom Zamawiającego, co do kwoty jaką zamierza on przeznaczyć na realizację zamówienia nie przesądza jeszcze, że oferta konkurenta, która ma niższą cenę jest ofertą o cenie rażąco niskiej i że na tej podstawie Zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do tej ceny. Zamawiający podkreślił, że z przeprowadzonych przez niego wyliczeń (na podstawie kalkulatora bankier.pl) wynika, że łączny koszt pracodawcy (wykonawcy) za delegowanie do pracy 42 pracowników w okresie 12 miesięcy to 1.295.298,72 pln. Oferta Konsorcjum Outworking opiewa na kwotę 1.569.240,00 pln. Oznacza to, że po odliczeniu kosztów wykonawcy [kwota łączna wynagrodzenia dla pracowników - 1.072.800,00 pln + składki po stronie pracodawcy - 222.498,72 pln] pozostaje kwota 273.941,28 pln. W kwocie tej mieszczą się koszty, jakie poniesie wykonawca w związku z realizacją umowy, w tym jego zysk. Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie wskazał w jaki sposób wyliczył, iż cena oferty nie pokrywa minimalnych kosztów narzuconych przez Zamawiającego postanowieniami SIWZ, ograniczając się do ogólnikowego stwierdzenia na stronie 5 odwołania, że: „same tylko płace pracowników wraz z obowiązującymi obciążeniami i podatkiem VAT dają sumę wyższą niż cena oferty Outworking”. Takie stwierdzenie nie zostało udowodnione i przeczą temu matematyczne wyliczenia przedstawione w tej odpowiedzi na odwołanie. Wskazując na orzecznictwo KIO stwierdził, że jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, tylko gdy poweźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia, a punktem odniesienia powinna być ustalona przez niego wartość zamówienia oraz ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu. Zamawiający nie miał wątpliwości co do ceny oferty Konsorcjum Outworking, a zatem nie wszczął procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1 Pzp i tym samym również nie miał podstaw do odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Odnosnie błędu w obliczeniu ceny wskazał, że oferta Konsorcjum Outworking zawiera na pierwszej stronie formularza oferty w poszczególnych pozycjach formularza w części dotyczącej stanowiska „Pomocnik Urzędnika - 18 osób” następujące kwoty: 2.687,00 pln x 18 pracowników = 48.366,00 pln x 12 miesięcy = 580.392,00 pln. W ocenie Zamawiającego, w uzasadnieniu tego zarzutu Odwołujący celowo w przytoczonych obliczeniach pominął wartość podaną przez Konsorcjum Outworking w pozycji 1 formularza ofertowego (stawkę za 1 pracownika) wskazując: „Na stronie pierwszej formularza oferty Wykonawca zaoferował wykonanie zamówienia w zakresie skierowania pracowników na stanowisko „Pomoc urzędnika” w cenie miesięcznej brutto za 18 pracowników wynoszącej 48.360,00 zł. Wymagany okres świadczenia usługi to 12 miesięcy, w związku z czym cena za 12 miesięcy w tej pozycji powinna wynosić 580.320,00 zł.” Zamawiający podkreślił, że w przypadku wątpliwości, co do pozycji w ofercie wykonawcy mógłby dokonać w ramach uprawnień z art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej, gdyż niedokładność pisarska w drugiej cyfrze 6 w liczbie 48.366,00 pln kwalifikować się może, co najwyżej na oczywistą omyłkę pisarską, co nie miałoby żadnego wpływu na cenę oferty, zaznaczając, że w oryginale oferty Konsorcjum Outworking cyfra 6 ma niewyraźnie wyciągnięte w górę zakrzywienie i faktycznie, zwłaszcza w kserowanym dokumencie, przypominać może cyfrę 0. W konkluzji stwierdził, że w ramach badania oferty Konsorcjum Outworking przeliczył wszystkie jej pozycje i uznał, że w kolumnie 3 wskazana jest liczba 48.366,00 pln.

Odnosnie zarzutu zastosowania błędnej stawki podatku VAT wskazując na art. 36 ust. 1 pkt 12 Pzp [ustalenie sposobu obliczenia ceny oferty] oraz na rozdział VI i VII specyfikacji stwierdził, że wyczerpująco opisał sposób obliczenia ceny i ocenę ofert na podstawie kryterium ceny. Powołując się na orzecznictwo KIO stwierdził, że postulat równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji zawarty w art. 7 ust. 1 Pzp wymaga od Zamawiającego dokonywania czynności w postępowaniu wyłącznie według reguł wynikających z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dalej podał, że wymagał podania w ofercie ceny brutto za całość usługi, przy czym w formularzu ofertowym przewidział obowiązek podania przez wykonawców cen jednostkowych za skierowanie poszczególnych pracowników tymczasowych do pracy u Zamawiającego. Wszystkie ceny w formularzu ofertowym podane zostały jako wartości brutto. Zamawiający nie jest płatnikiem VAT i stąd w formularzu ofertowym nie wymagał wskazywania rozbicia kwoty na wartość: netto, podatek VAT i kwotę brutto. Podkreślił jednocześnie, w nawiązaniu do zarzutu braku złożenia w ofercie przez Konsorcjum oświadczenia w zakresie podatku VAT, że formularz ofertowy nie przewidywał określenia kwot netto i podatku VAT, a ponadto Zamawiający może żądać od wykonawców tylko dokumentów wymienionych w rozporządzeniu i wskazanych w

SIWZ. Podkreślił także, że Zamawiający nie wymagał złożenia przez wykonawców dokumentu, z którego wynika, iż korzystają oni z jakichkolwiek zwolnień podatkowych i według wiedzy Zamawiającego dokument taki nie mieści się w ogóle w kategorii dokumentów, których Zamawiający może żądać od wykonawców. W konkluzji stwierdził, że badanie i ocena ofert została dokonana w oparciu o żądane dokumenty i Zamawiający nie miał żadnych podstaw do kwestionowania podanej przez Konsorcjum Outworking ceny i uznania tej oferty za stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji w sytuacji, gdy Konsorcjum złożyło wszystkie wymagane oświadczenia i dokumenty.

Zamawiający zwrócił uwagę, że Odwołujący wskazując na rzekome stosowanie przez konkurencyjne firmy od dłuższego czasu praktyk stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji, nie zawiadomił o takim działaniu Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. W ocenie Zamawiającego, do. ustalenia, czy dana praktyka stosowana przez przedsiębiorców stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, czy też jest normalnym działaniem rynkowym z wykorzystaniem przewagi konkurencyjnej w ramach dopuszczalnej prawem swobody działalności gospodarczej należy do zakresu działania UOKIK-u i każdy przedsiębiorca, który czuje się zagrożony działaniem konkurencji, w jego ocenie sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami, może skierować zainteresowanie UOKIK na stosowaną przez konkurencję praktykę. Możliwość jednoznacznego stwierdzenia przez Zamawiającego popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji i podejmowania na tej podstawie decyzji o odrzuceniu oferty jest zawsze wątpliwa, a w przedmiotowym postępowaniu nie miała w ogóle racji bytu, gdyż Odwołujący nie wskazywał na żadnym etapie postępowania Zamawiającemu na potencjalną możliwość złożenia ofert stanowiących, w jego ocenie, czyn nieuczciwej konkurencji, pomimo tego, że mógł to uczynić. Ponownie podkreślił, że nie wymagał wskazania przez wykonawcę stawki podatku od towarów i usług, jaka zostanie zastosowana w ofercie. Działanie Zamawiającego było w tym zakresie uprawnione, albowiem chociażby w odpowiedzi na pytania wykonawców (...) w dniu 29-10-2014 r., które są integralną częścią SIWZ, Zamawiający (w odpowiedzi na pytanie nr 3) poinformował że: „zgodnie z definicją ceny, uregulowaną w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz 1050 z późn. zm.) w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy (...). Ponadto w SIWZ Zamawiający wyraźnie wskazuje, iż ceny w ofercie przetargowej wpisane do Formularza ofertowego muszą obejmować wszystkie koszty oraz zobowiązania publicznoprawne, oraz zawierać ostateczne, maksymalne wynagrodzenie Wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia, wyrażone poprzez cenę brutto wykonania całego przedmiotu zamówienia (Rozdział VII, ust. 3 pkt 1 SIWZ) (...)" i cd. odpowiedzi na pytanie nr 3. Zamawiający w w/w odpowiedzi na pytanie do SIWZ powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 01 grudnia 2011 r. w sprawach o sygn. akt: KIO

2472/11, KIO 2483/11: „elementem składowym ceny ofertowej jest podatek od towarów i usług, za którego prawidłowe ustalenie - zgodnie z przepisami ustawy o VAT oraz aktów wykonawczych wydanych na podstawie tej ustawy - odpowiada przedsiębiorca, tj. Wykonawca składający ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.”

Reasumując stwierdził, że cena oferty [zgodnie ze specyfikacją] (...) nie została rozłożona na poszczególne składniki, a zatem Zamawiający nie miał prawa ingerować w to czy wykonawca korzysta ze zwolnień podatkowych czy też nie i ewentualnie w jakim zakresie. Zamawiający nie wymagał przedstawienia przez wykonawców żadnego dokumentu w tym przedmiocie i jak to wyżej zostało wskazane nie miał uprawnień do wymagania takiego dokumentu. Odwołujący, po uzyskaniu odpowiedzi Zamawiającego na pytania do SIWZ o wskazanej wyżej treści, mógł się z nią nie zgodzić i zwrócić się do Zamawiającego o dalsze wyjaśnienie treści SIWZ lub o jej modyfikację, a w przypadku jej braku wnieść odwołanie od treści SIWZ”. Dalej podał, że Odwołujący powołuje się wybiórczo na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej, pomijając fakt, że stan faktyczny w tych sprawach był inny oraz że orzecznictwo KIO w zakresie czynów nieuczciwej konkurencji jest dość szerokie i często rozbieżne. We wskazywanych sprawach [KIO 1852/14 i KIO 1853/14] Zamawiający odrzucił oferty wykonawców mając do tego podstawy w sytuacji zestawienia treści zapisów SIWZ z niską ceną złożonych ofert i w sytuacji powzięcia wątpliwości, co do ceny tychże ofert. Cena jednej ze złożonych ofert w postępowaniu objętym odwołaniem (KIO 1852/14) stanowiła 76,25 % kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, a cena oferty w drugim postępowaniu zaskarżonym wniesionym w sprawie odwołaniem (KIO 1853/14) stanowiła 88,47 % kwoty podanej przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający podkreślił, że w niniejszym postępowaniu oferta Konsorcjum Outworking jest zaledwie o 8,63 % niższa niż kwota przeznaczona przez Zamawiającego na realizację zamówienia. Zamawiający w trakcie prowadzonego postępowania nie powziął żadnych wątpliwości, co do możliwości zaistnienia okoliczności, które uzasadniałyby przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego odnośnie ceny oferty Konsorcjum Outworking. Wskazując na orzecznictwo KIO ponadto stwierdził, że zawiązaniu konsorcjum firm może przyświecać racjonalny cel biznesowy, a Zamawiający treść umowy konsorcjum zgodnie z art. 23 ust. 4 Pzp może poznać dopiero przed zawarciem umowy z wybranym wykonawcą. Podniósł także, że sam fakt zawiązania konsorcjum, albo złożenia przez nie konkurencyjnej oferty w postępowaniu nie stanowi jeszcze o działaniu sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami. Jeśli Odwołujący posiadał informacje, które mogły u Zamawiającego wywołać wątpliwości co do cen złożonych w postępowaniu ofert lub co do naruszających uczciwą konkurencję praktyk stosowanych przez innych przedsiębiorców mógł swoje spostrzeżenia rynkowe przedstawić Zamawiającemu. W oparciu o dokumenty postępowania

Zamawiający nie miał podstaw do powzięcia wątpliwości odnośnie oferty Konsorcjum Outworking i odrzucenia jej w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Odnośnie powołanego przez Odwołującego w końcowej części uzasadnienia odwołania wyroku KIO 2254/14 Zamawiający stwierdził, że orzeczenie to i jego uzasadnienie nie zostało jeszcze opublikowane. W związku z powyższym trudno odnieść się do nieznannej treści wyroku i uzasadnienia. Wskazał jednocześnie, że nie istnieją identyczne stany faktyczne, a nawet tożsamy przedmiot zamówienia nie powoduje, że w oparciu o jedno prowadzone postępowanie można oceniać inne podobne, ale nigdy nie tożsame postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Wskazał również, że Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Outworking z postępowania, przy czym w żadnym miejscu odwołania nie sprecyzował tego zarzutu i nie uzasadnił go. W związku z powyższym Zamawiający uznaje ten element odwołania za omyłkę pisarską i nie odnosi się do niej.

Rozpatrując odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec zaniechania czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, polegających na zaniechaniu wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm z liderem Outworking Sp. z o.o. Sp. K. z Poznania [wykonawca Outworking lub Konsorcjum Outworking] oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy i wybór jego oferty, jako najkorzystniejszej. Wskazanym czynnościom zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp [nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem wymienionych przepisów] z uwagi na niezastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. art. 90 ust. 1 Pzp [oferta Outworking zawiera rażąco niską cenę], art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp [oferta Outworking obarczona jest błędem w obliczeniu ceny], art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp [złożenie oferty przez Outworking stanowi czyn nieuczciwej konkurencji] oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem naruszenie wskazanych przepisów doprowadziło do wyboru oferty, która nie może być uznana za najkorzystniejszą.

Izba stwierdziła, że Odwołujący podnosząc zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum Outworking z tego postępowania w żadnym miejscu odwołania nie sprecyzował tego zarzutu i nie uzasadnił go. Zgodnie z art. 180 ust.3 ustawy Pzp odwołanie powinno wskazywać nie

tylko czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, ale także przepis prawa oraz chociażby zwięzłe przedstawienie zarzutu - okoliczności faktyczne uzasadniające jego wniesienie. Odwołanie, co do każdego z zarzutów, nie może mieć charakteru kadłubowego, powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań ze wskazaniem okoliczności prawnych oraz faktycznych, pozwalających na dokonanie oceny zasadności zarzutu. Tym samym wskazany zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum Outworking z tego postępowania nie mógł podlegać rozpoznaniu przez Izbę.

Rozpoznając zarzuty w pozostałym zakresie, Izba miała na uwadze dyrektywę z art. 190 ust.1 ustawy Pzp zgodnie, z którą strony uczestnicy postępowania są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W niniejszej sprawie zobowiązanym do przedstawienia wymaganą ustawą Pzp dowodów był wnoszący odwołanie wykonawca, albowiem Odwołujący w szczególności stwierdził, że za cenę oferowaną przez Konsorcjum Outworking nie jest możliwe wykonanie zamówienia oraz, że Konsorcjum przy kalkulacji ceny posłużyło się niewłaściwą stawką podatku VAT, oraz że zawiązanie Konsorcjum przez grupę spółek z liderem Outworking Sp. z o.o. Sp. k., którego jednym celem było uniknięcie zapłaty podatku VAT związanego z realizacją tego zamówienia publicznego, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odnosnie pierwszego zarzutu, dotyczącego naruszenia art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust.1 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że cena podana w ofercie Konsorcjum Outworking jest niższa zaledwie o 8.63 % od kwoty podanej przez Zamawiającego - stanowi bowiem 91, 37 % kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotowego zamówienia - a cena podana w ofercie Odwołującego stanowi 96 % tej kwoty. Zatem z faktu, że oferta Odwołującego jest bliższa założeniom Zamawiającego, co do kwoty jaką zamierza on przeznaczyć na realizację zamówienia nie można – jak słusznie stwierdził Zamawiający - wywodzić, że konkurencyjna oferta o niższej cenie jest ofertą o cenie rażąco niskiej i na tej podstawie Zamawiający zobowiązany był powziąć wątpliwości co do takiej ceny. Tak jak podał Zamawiający, wnoszący odwołanie ograniczając się do ogólnikowego stwierdzenia na stronie 5 odwołania, że: „same tylko płace pracowników wraz z obowiązującymi obciążeniami i podatkiem VAT dają sumę wyższą niż cena oferty Outworking” nie wykazał, że cena oferty Konsorcjum nie pokrywa minimalnych kosztów. Temu twierdzeniu przeczą także matematyczne wyliczenia przedstawione w toku rozprawy przez Zamawiającego i przez Przystępujące po jego stronie Konsorcjum. Izba stwierdza także, że zamawiający zobowiązany jest żądać od wykonawcy udzielenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 ustawy Pzp każdorazowo, gdy powźmie wątpliwości, co do zaoferowanej ceny pod względem jej

rażącego zniżenia, a punktem odniesienia w takim przypadku powinna być ustalona przez niego wartość zamówienia oraz ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu. W tej sprawie Odwołujący nie wykazał podstaw dla takich wątpliwości, co do ceny oferty Konsorcjum Outworking, a zatem zarzut braku wszczęcia procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1 Pzp i tym samym zarzut braku odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp nie podlegają uwzględnieniu.

Nie podlega także uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, albowiem niedokładność pisarska w drugiej cyfrze 6 w liczbie 48.366,00 zł na pierwszej stronie formularza oferty w części dotyczącej stanowiska „Pomocnik Urzędnika - 18 osób” uznana być może, co najwyżej jako oczywista omyłka pisarska, której poprawienie [w trybie art. 87 ust.2 pkt 1 Pzp] nie miałyby żadnego wpływu na cenę tej oferty. Tak jak wskazał w odwołaniu sam Odwołujący w miejsce kwoty 580.392,00 pln należałoby wpisać kwotę niższą - 580 320,00 zł. Jednocześnie zdaniem Izby - z uwagi na niewyraźnie w oryginale oferty wyciągnięte w górę zakrzywienie w cyfrze 6, co zwłaszcza w kserowanym dokumencie, przypominać może cyfrę 0 - trudno pominąć argumentację matematyczną Zamawiającego, który w ramach badania oferty Konsorcjum Outworking przeliczył wszystkie jej pozycje i uznał, że w kolumnie 3 wskazana jest liczba 48.366,00 pln.

Odnosnie zarzutu zastosowania w ofercie przez Konsorcjum Outworking błędnej stawki podatku VAT Izba stwierdziła, że zgodnie z rozdziałem VI i VII specyfikacji Zamawiający określił sposób obliczania ceny oferty oraz wymagał podania w ofercie ceny brutto za całość usługi. W formularzu ofertowym przewidział także obowiązek podania przez wykonawców również cen jednostkowych za skierowanie poszczególnych pracowników tymczasowych do pracy u Zamawiającego. Nie wymagał żadnych oświadczeń w zakresie podatku VAT, zarówno co do zastosowanych stawek, jaki i co do korzystania ze zwolnień podatkowych. Oznacza to, zdaniem Izby, że badanie i ocena ofert została dokonana w oparciu o żądane dokumenty i w tym stanie faktycznym Zamawiający nie miał żadnych podstaw do kwestionowania podanej przez Konsorcjum Outworking ceny i uznania tej oferty za stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji w sytuacji, gdy Konsorcjum złożyło wszystkie wymagane oświadczenia i dokumenty. Izba zwraca uwagę, że kwestie dotyczące sposobu obliczania ceny i stawek podatku VAT zostały szczegółowo omówione w odpowiedziach na zapytanie z dnia 29 października 2014 r. w których Zamawiający potwierdził, że ceny podane w ofercie w Formularzu ofertowym muszą obejmować wszystkie koszty oraz zobowiązania publicznoprawne, oraz zawierać ostateczne, maksymalne wynagrodzenie wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia, wyrażone w cenie brutto wykonania całego przedmiotu zamówienia, podkreślając jednocześnie, że elementem składowym ceny

ofertowej jest podatek od towarów i usług, za którego prawidłowe ustalenie - zgodnie z przepisami ustawy o VAT oraz aktów wykonawczych wydanych na podstawie tej ustawy - odpowiada przedsiębiorca - wykonawca składający ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym zasada równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji zawarta w art. 7 ust. 1 Pzp wymagała od Zamawiającego dokonywania czynności w postępowaniu wyłącznie według reguł wynikających z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zatem także w tym przypadku podnoszony pośrednio zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a także art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy nie podlega uwzględnieniu.

Wobec powyższych ustaleń również nie podlega uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp, albowiem zarzut ten związany był przede wszystkim z nieudowodnionym przez Odwołującego zarzutem zastosowania przez Konsorcjum Outworking rażąco niskiej ceny oraz z zastosowaną niewłaściwie stawką podatku VAT. Ponadto, tak jak słusznie zauważył Zamawiający, sam fakt zawiązania konsorcjum w ramach spółek grupy, i złożenia przez takie konsorcjum konkurencyjnej oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne nie stanowi jeszcze o działaniu sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami. Zawiązaniu konsorcjum firm może bowiem przyświecać przede wszystkim racjonalny cel biznesowy. Izba również podziela pogląd, że ustalenia, czy dana praktyka stosowana przez przedsiębiorców stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, czy też jest normalnym działaniem rynkowym z wykorzystaniem przewagi konkurencyjnej w ramach dopuszczalnej prawem swobody działalności gospodarczej należy przede wszystkim do zakresu działania UOKiK-u i każdy przedsiębiorca, który czuje się zagrożony działaniem konkurencji, w jego ocenie sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami, może skierować zainteresowanie UOKiK na stosowaną przez konkurencję taką niedozwoloną, zdaniem wykonawcy, praktykę. Zdaniem Izby na gruncie ustawy Pzp w związku z art. 192 ust.2 ustawy Pzp w postępowaniu o zamówienie publiczne tylko w przypadku stwierdzenia, że złożenie oferty przez konsorcjum spółek stanowi popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji mogłoby skutkować odrzuceniem oferty tego konsorcjum. Izba zwraca dodatkowo uwagę, że w przedłożonym na rozprawie przez Przystępującego – lidera konsorcjum - Outworking Sp. z o.o. Sp. K. z Poznania - wyniku kontroli UKS w Poznaniu [zastrzeżonego, jako tajemnica przedsiębiorstwa], zaznaczając m.in., że kontrolowana spółka w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego składała oferty samodzielnie lub wchodziła w skład konsorcjum, w celu realizacji wspólnie z innymi podmiotami zamówienia publicznego podano, że w zakresie podatku VAT za okres kwiecień 2012 do grudnia 2013 nie stwierdzono nieprawidłowości.

Na marginesie Izba zauważa, że powoływane przez Odwołującego orzecznictwo wiąże w konkretnej sprawie i przede wszystkim z zasady dotyczy odmiennych stanów faktycznych związanych ze szczególnymi okolicznościami różnicującymi w sposób istotny pozornie podobny stan faktyczny.

W konkluzji Izba stwierdza, że brak jest podstaw do kwestionowania wyboru oferty wykonawcy Outworking jako oferty najkorzystniejszej i tym samym także nie podlega uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 91 ust.1 ustawy Pzp.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając przepisy 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).

.....