

Wrocław, 31 stycznia 2017 r.

O.WR.D-3.2413.211.2016.jc.11

wg rozdzielnika

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Prowadzenie i koordynacja prac przy zimowym utrzymaniu dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu w sezonie zimowym 2016/2017 w podziale na zadania; nr ref. O.WR.D-3.2413.211.2016 – **ZADANIE 6**

ZAWIADOMIENIE O WYBORZE NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY

Działając, na podstawie art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”, Zamawiający zawiadamia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Prowadzenie i koordynacja prac przy zimowym utrzymaniu dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu w sezonie zimowym 2016/2017 w podziale na zadania – **ZADANIE 6**

jako najkorzystniejsza wybrana została **oferta nr 2** złożona przez:

R. Cembrzyński – A. Rogalski Z. Majda s.c. CEROMA
58-305 Wałbrzych ul. Św. Józefa 2

z zaoferowaną ceną brutto 54 622,08 zł,

Uzasadnienie wyboru najkorzystniejszej oferty

Oferta najkorzystniejsza została wybrana zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), którym była:

Cena	- 60%.
Czas reakcji	- 25%
Doświadczenie	- 10%
Zatrudnienie	- 5%

Ww. oferta spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego i uzyskała najwyższą liczbę punktów obliczoną zgodnie ze wzorem zamieszczonym w pkt. 19.1 i 19.2 Tomu I SIWZ.

Poniżej Zamawiający przedstawia nazwy (firmy), siedziby i adresy Wykonawców, którzy złożyli oferty a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktacją.

Nr oferty	Nazwa (firma) i adres wykonawcy	Cena zł (brutto)	liczba punktów	Czas reakcji godz.	liczba punktów	Doświadczenie dyżurnego [liczba osób]	liczba punktów	Zatrudnienie [liczba osób]	Liczba punktów	OGÓŁEM liczba punktów
2	R. Cembrzyński – A. Rogalski Z. Majda s.c. CEROMA 58-305 Wałbrzych ul. Św. Józefa 2	54 622,08	60	1	25	5	10	0	5	100,00
3	ManBroker Sp. z o.o. 80-308 Gdańsk, ul. Macierzy Szkolnej 4	55 752,19	58,78	1	25	0	0	0	5	88,78
4	Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Outworking Rekrutacja Sp. z o.o. 14 Sp. k; Outworking Rekrutacja Sp. z o.o. 15 Sp. k; Outworking APT Sp. z o.o. 13 Sp. k; Outworking APT Sp. z o.o. 8 Sp. k; Outworking APT Sp. z o.o. 9 Sp. k; Outworking APT Sp. z o.o. 14 Sp. k; 61-502 Poznań ul. Langiewicza 2/10	50 576,00								

INFORMACJA O OFERTACH ODRZUCONYCH

Zamawiający działając na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp informuje, że w niniejszym postępowaniu następujące oferty zostały odrzucone:

Numer oferty	Nazwa (firma) i adres wykonawcy
4	Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Outworking Rekrutacja Sp. z o.o. 14 Sp. k; Outworking Rekrutacja Sp. z o.o. 15 Sp. k; Outworking APT Sp. z o.o. 13 Sp. k; Outworking APT Sp. z o.o. 8 Sp. k; Outworking APT Sp. z o.o. 9 Sp. k; Outworking APT Sp. z o.o. 14 Sp. k; 61-502 Poznań ul. Langiewicza 2/10

UZASADNIENIE ODRZUCENIA OFERTY

Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

Outworking Rekrutacja Sp. z o.o. 14 Sp. k.;
Outworking Rekrutacja Sp. z o.o. 15 Sp. k.;
Outworking APT Sp. z o.o. 13 Sp. k.;
Outworking APT Sp. z o.o. 8 Sp. k.;
Outworking APT Sp. z o.o. 9 Sp. k.;
Outworking APT Sp. z o.o. 14 Sp. k.;
61-502 Poznań ul. Langiewicza 2/10

Uzasadnienie prawne:

Oferta Wykonawcy zostaje odrzucona zgodnie z:

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

Art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji(dalej: u.z.n.k.) - złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

Uzasadnienie faktyczne:

art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia

W postępowaniu o zamówienie publiczne pn.: Prowadzenie i koordynacja prac przy zimowym utrzymaniu dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu w sezonie zimowym 2016/2017, zgodnie z pkt. 5 Instrukcji dla Wykonawców (dalej: IDW), Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Outworking Rekrutacja Sp. z o.o. 14 Sp. k.; Outworking Rekrutacja Sp. z o.o. 15 Sp. k.; Outworking APT Sp. z o.o. 13 Sp. k.; Outworking APT Sp. z o.o. 8 Sp. k.; Outworking APT Sp. z o.o. 9 Sp. k. oraz Outworking APT Sp. z o.o. 14 Sp. k. (dalej: Wykonawca) złożyli ofertę na osiem zadań.

W pkt. 6 Formularza Oferta Wykonawca oświadczył, że zatrudni 8 osób posiadających opisane w pkt. 19.1.3. IDW doświadczenie a w pkt. 7 Formularza Oferty, że 8 osób wskazanych w pkt. 6 Formularza Oferty w momencie zatrudnienia do realizacji zamówienia pozostaje zarejestrowana jako osoba bezrobotna [1] w rejestrze prowadzonym przez powiatowy urząd pracy. Wykonawca nie wskazał w Formularzu Oferty w sposób jednoznaczny, których zadań dotyczą złożone powyżej oświadczenia.

Mając powyższe na uwadze oraz fakt, iż Zamawiający dla poszczególnych zadań wymagał wskazania różnej liczby dyżurnych (zadanie 1, 3 i 4 – po 8 osób, zadanie 2 – 6 osób, zadanie 4 – 4 osoby, zadanie 5 i 7 – po 12 osób, zadanie 8 – 13 osób) – a więc Wykonawca nie mógł złożyć w pkt. 6 i 7 Formularza Oferty oświadczenia dotyczącego każdego z zadań (dla zadania 2 i 4 liczna dyżurnych, o których mowa w pkt. 6 i 7 Formularza Oferty przekraczałaby liczbę wymaganych dyżurnych na tych zadaniach) - Zamawiający uznał, iż Wykonawca dla każdego z zadań wskazał po 1 osobie.

W związku z powyższym Zamawiający, działając w trybie art. 26 ust. 1, 3 i 4 ustawy Pzp, wezwał Wykonawcę (pismo nr O.WR.D-3.2413.211.2016.3.jc z dnia 13-12-2016 r.) do złożenia stosownych

wyjaśnień, oświadczeń i dokumentów dotyczących zadania nr **2, 5, 6, 7 i 8** tj. zadań, dla których Wykonawca (*na ten moment oceny ofert*) według Zamawiającego złożył najkorzystniejszą ofertę.

W nawiązaniu do powyższego pisma Wykonawca (pismo z dnia 22-12-2016 r.) zwrócił się z prośbą do Zamawiającego o wyjaśnienie braku wezwania dla zadania 1 i 4. Wykonawca w przesłanym piśmie stwierdził, iż „... *nasza analiza oferty złożonej na te zadania przez wykonawcę „Fundacja Wspierania Pracowników Drogownictwa” wskazuje, że również w tych zadaniach złożyliśmy najkorzystniejszą ofertę*”

Po przeanalizowaniu ofert złożonych na zadanie 1 i 4 Zamawiający stwierdził, iż takie stanowisko Wykonawcy byłoby właściwe jedynie w przypadku gdyby oświadczenie złożone w pkt. 6 i 7 Formularza Oferty dotyczyło między innymi lub wyłącznie zadania 1 oraz zadania 4.

W przypadku zadania 1 oferta Wykonawcy byłaby najkorzystniejsza gdyby w kryterium oceny ofert „doświadczenie dyżurnego” i „zatrudnienie” Wykonawca uzyskał łącznie więcej niż **2,88** pkt -zgodnie z tabelą poniżej):

Nr oferty	Nazwa (firma) i adres wykonawcy	Cena zł (brutto)	liczba punktów	Czas reakcji godz.	liczba punktów	Doświadczenie dyżurnego [liczba osób]	liczba punktów	Zatrudnienie [liczba osób]	Liczba punktów	OGÓŁEM liczba punktów
1	Fundacja Wspierania Pracowników Drogownictwa 03-302 Warszawa, ul. Instytutowa 1	127 107,20	50,38	1	25	8	10	4	minimum 2,5	87,88
4	Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Outworking Rekrutacja Sp. z o.o. 14 Sp. k; Outworking Rekrutacja Sp. z o.o. 15 Sp. k; Outworking APT Sp. z o.o. 13 Sp. k; Outworking APT Sp. z o.o. 8 Sp. k; Outworking APT Sp. z o.o. 9 Sp. k; Outworking APT Sp. z o.o. 14 Sp. k; 61-502 Poznań ul. Langiewicza 2/10	106 720,00	60	1	25		D		Z	60+25+D+Z

W przypadku zadania 4 oferta Wykonawcy byłaby najkorzystniejsza gdyby w kryterium oceny ofert „doświadczenie dyżurnego” i „zatrudnienie” Wykonawca uzyskał łącznie więcej niż **6,84** pkt -zgodnie z tabelą poniżej):

Nr oferty	Nazwa (firma) i adres wykonawcy	Cena zł (brutto)	liczba punktów	Czas reakcji godz.	liczba punktów	Doświadczenie dyżurnego [liczba osób]	liczba punktów	Zatrudnienie [liczba osób]	Liczba punktów	OGÓŁEM liczba punktów
1	Fundacja Wspierania Pracowników Drogownictwa 03-302 Warszawa, ul. Instytutowa 1	141 912,64	54,34	1	25	8	10	4	minimum 2,5	91,84

4	Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Outworking Rekrutacja Sp. z o.o. 14 Sp. k; Outworking Rekrutacja Sp. z o.o. 15 Sp. k; Outworking APT Sp. z o.o. 13 Sp. k; Outworking APT Sp. z o.o. 8 Sp. k; Outworking APT Sp. z o.o. 9 Sp. k; Outworking APT Sp. z o.o. 14 Sp. k; 61-502 Poznań ul. Langiewicza 2/10	128 528,00	60	1	25		D		Z	60+25+D+Z
---	---	------------	----	---	----	--	---	--	---	-----------

Równocześnie Wykonawca w piśmie z dnia 22-12-2016r. będącym odpowiedzią na wezwanie Zamawiającego z dnia 13-12-2016 r. (pismo nr O.WR.D-3.2413.211.2016.3.jc) oraz z dnia 16-12-2016 r. (pismo nr O.WR.D-3.2413.211.2016.5.jc), w których Zamawiający między innymi prosił o wskazanie dla poszczególnych zadań osób, o których mowa w Formularzu Oferty w pkt. 6 i 7, wyjaśnił, iż „... wykonawcy przewidzieli zatrudnienie osób bezrobotnych z doświadczeniem w zadaniu 3, jednakże ich oferta w tym zadaniu nie została najwyżej oceniona ...”.

Ponieważ Wykonawca nie wskazał w pkt. 6 i 7 Formularzu Oferty w sposób jednoznaczny zadań, których dotyczą złożone oświadczenia a następnie złożył sprzeczne oświadczenia i wyjaśnienia w tym zakresie, Zamawiający uznał, że dalsze wyjaśnienia Wykonawcy naruszałoby art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ miałyby charakter negocjacji, które doprowadziłyby do zmiany treści oferty niezgodnej z art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp – miałyby wpływ na liczbę punktów przyznana Wykonawcy w kryterium „doświadczenie dyżurnego” i „zatrudnienia” a tym samym na wybór oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jeżeli treść oferty nie odpowiada treści SIWZ (z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3) - Zamawiający odrzuca ofertę.

Odrzucenie oferty - jako niezgodnej z SIWZ - może nastąpić wyłącznie w sytuacji, gdy nie jest możliwe poprawienie stwierdzonej niezgodności w treści oferty w sposób, o którym mowa w 87 ust. 2 ustawy Pzp. W niniejszym postępowaniu taka poprawa nie jest możliwa, gdyż prowadziłaby do niedopuszczalnej zmiany treści oferty.

art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k.- złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przedmiotem zamówienia jest prowadzenie i koordynacja prac przy zimowym utrzymaniu dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu w sezonie zimowym 2016/2017 w podziale na zadania. Usługi objęte przedmiotem zamówienia opodatkowane są, co do zasady, stawką podatku od towarów i usług (VAT). Jako jedno z kryterium oceny ofert została wskazana cena ofertowa.

Do upływu terminu składania ofert swoją ofertę złożył między innymi Wykonawca tj. Outworking Rekrutacja Sp. z o.o. 14 Sp. k.; Outworking Rekrutacja Sp. z o.o. 15 Sp. k.; Outworking APT Sp. z o.o. 13 Sp. k.; Outworking APT Sp. z o.o. 8 Sp. k.; Outworking APT Sp. z o.o. 9 Sp. k.; Outworking APT Sp. z o.o. 14 Sp. k.; 61-502 Poznań ul. Langiewicza 2/10.

Wykonawca zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za wartość netto, która jest równa cenie (wartości brutto) tj. 106 720,00 zł.

Do oferty załączono wyjaśnienie (Formularz Cenowy), w których Wykonawca oświadczył, że w Formularzu Cenowym wskazał wartość netto równą cenie (wartości brutto), ze względu na „zwolnienie podmiotowe art. 113 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług”.

Dodatkowo na wezwanie Zamawiającego dotyczące złożenia szczegółowego wyjaśnienia podstawy zastosowania, przy wyliczeniu ceny oferty, art. 113 ustawy o podatku od towarów i usług z dnia 11 marca 2004r. z późniejszymi zmianami tj. wskazania konkretnego ustępu tegoż artykułu oraz dokładnej przyczyny jego zastosowania Wykonawca wyjaśnił:

„...wykonawcy korzystają ze zwolnienia opisanego w art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 11.03.2014 r. o podatku od towarów i usług; przy wykonywaniu zamówienia żaden z konsorcjantów osobno nie przekroczy limitu przychodów uprawniającego do skorzystania ze zwolnienia.

(...) Na dzień składania ofert wykonawcy tworzący konsorcjum nie byli (i nadal nie są) czynnymi podatnikami podatku VAT. Wykonawcy są podatnikami zwolnionymi podmiotowo z VAT na podstawie art. 113 ust. 1 z dnia 11.03.2014 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054, ze zm.). W związku z tym wykonawcy nie byli uprawnieni ani zobowiązani do wykazywania wysokości podatku VAT w ofercie (...).

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: p.z.p.) pozostawiają swobodę wykonawcom, co do określenia zasad nawiązywania porozumień pomiędzy wykonawcami. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie mogą przybrać formę prawną, która w ich ocenie najbardziej odpowiada ich interesom. Zawarcie umowy konsorcjum może dotyczyć konkretnego przedsięwzięcia, a decyzja o współdziałaniu w ramach konsorcjum jest suwerenną decyzją samych wykonawców, w nim uczestniczących i nie może być przez zamawiającego w żaden sposób ograniczana lub wyłączona. Podział zadań pomiędzy członków konsorcjum i rozliczenie robót jest wewnętrzną sprawą wykonawców tworzących to konsorcjum. W przedmiotowej sprawie podział zadań pomiędzy konsorcjantami jest zgodny z podziałem zamówienia na części i pełnieniem dyżurów w różnych rejonach.

Podsumowując powyższe, wykonawcy mają gwarantowaną ustawowo swobodę ustalania stosunków wewnątrz konsorcjum, rozdzielania zadań między konsorcjantów i tworzenia reguł rozliczenia. W szczególności zamiarem i wolą wykonawców wspólnie wykonujących zamówienie może być takie rozliczenie wykonywanych usług, iż każdy z nich będzie wystawiał faktury za część przez siebie zrealizowaną. Rozwiązanie takie jest dopuszczalne zarówno cywilistycznym, jak i prawnopodatkowym. (...) W niniejszej sprawie każdy z członków konsorcjum będzie odpowiedzialny za wykonanie przypisanej mu części zamówienia. Każdy z członków obciążał będzie zamawiającego za faktycznie wykonany przez siebie zakres prac, korzystając ze zwolnienia podmiotowego. (...).

Na wezwanie Zamawiającego, w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, Wykonawca przedłożył także odpisy z KRS dla poszczególnych spółek:

- 1) Outworking Rekrutacja Sp. z o.o. 14 Sp. k., z którego wynika, że spółka ta została zarejestrowana w KRS 20-03-2014 r., jej komplementariuszem jest Outworking Rekrutacja Sp. z o.o., którego reprezentuje Prezes Zarządu Pan Kacper Kruszewski,
- 2) Outworking Rekrutacja Sp. z o.o. 15 Sp. k., z którego wynika, że spółka ta została zarejestrowana w KRS 20-03-2014 r., jej komplementariuszem jest Outworking Rekrutacja Sp. z o.o., którego reprezentuje Prezes Zarządu Pan Kacper Kruszewski,
- 3) Outworking APT Sp. z o.o. 13 Sp. k., z którego wynika, że spółka ta została zarejestrowana w KRS 06-02-2014 r., jej komplementariuszem jest Outworking APT Sp. z o.o., którego reprezentuje Prezes Zarządu Pan Kacper Kruszewski,
- 4) Outworking APT Sp. z o.o. 8 Sp. k., z którego wynika, że spółka ta została zarejestrowana w KRS 15-11-2012 r., jej komplementariuszem jest Outworking APT Sp. z o.o., którego reprezentuje Prezes Zarządu Pan Kacper Kruszewski,
- 5) Outworking APT Sp. z o.o. 9 Sp. k., z którego wynika, że spółka ta została zarejestrowana w KRS 16-11-2012 r., jej komplementariuszem jest Outworking APT Sp. z o.o., którego reprezentuje Prezes Zarządu Pan Kacper Kruszewski,
- 6) Outworking APT Sp. z o.o. 14 Sp. k., z którego wynika, że spółka ta została zarejestrowana w KRS 06-02-2014 r., jej komplementariuszem jest Outworking APT Sp. z o.o., którego reprezentuje Prezes Zarządu Pan Kacper Kruszewski,

Oferta została podpisana przez Pana Kacpra Kruszewskiego Prezesa Zarządu Outworking Rekrutacja Sp. z o.o. 14 Sp. k., legitymującego się pełnomocnictwem podpisanym przez Pana Kacpra Kruszewskiego (siebie samego), działającego jako Prezes Zarządu komplementariusza reprezentującego pozostałych członków konsorcjum tj. Outworking Rekrutacja Sp. z o.o. 15 Sp. k.; Outworking APT Sp. z o.o. 8 Sp. k.; Outworking APT Sp. z o.o. 9 Sp. k.; Outworking APT Sp. z o.o. 13 Sp. k. i Outworking APT Sp. z o.o. 14 Sp. k.

W związku z wyżej poczynionymi ustaleniami Zamawiający stwierdza, że złożenie oferty przez Wykonawcę: Outworking Rekrutacja Sp. z o.o. 14 Sp. k.; Outworking Rekrutacja Sp. z o.o. 15 Sp. k.; Outworking APT Sp. z o.o. 13 Sp. k.; Outworking APT Sp. z o.o. 8 Sp. k.; Outworking APT Sp. z o.o. 9 Sp. k.; Outworking APT Sp. z o.o. 14 Sp. k. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przepis art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazuje, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Badając dokumenty złożone przez Wykonawcę w postępowaniu, w tym wyjaśnienia odnośnie zastosowanej w Formularzu Cenowym „wartości netto” równej „cenie (wartości brutto)” Zamawiającym wziął pod uwagę także prezentowane obecnie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące analogicznych postępowań.

Zamawiającym, zgodnie z postanowieniami ustawy Pzp ma obowiązek wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”. Do obowiązków Zamawiającego należało także zbadanie poprawności zastosowanej w ofercie stawki podatku od towarów i usług (uchwała Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r. w spr. III CZP 52/11 i III CZP 53/11).

W przypadku przedmiotowego postępowania cena ofertowa (wartość brutto) jest jednym z kryterium oceny ofert.

Tym samym „rywalizacja” wykonawców o udzielenie zamówienia, zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, powinna dotyczyć między innymi ceny (wartości brutto), jaką zaoferują poszczególni wykonawcy.

Konsorcjum spółek, które mogą dokonywać nieopodatkowanej sprzedaży usług nie konkuruje tak jak inni wykonawcy ceną (wartością brutto) a wartością netto, bowiem poprzez powołanie grupy spółek i dobieranie ich składu na potrzeby konkretnego zamówienia może zaproponować Zamawiającemu realizację przedmiotu zamówienia za wartość netto równą cenie (wartości brutto).

Jednocześnie uzyskując w ten sposób przewagę w wysokości podatku VAT konsorcjum zyskuje możliwość naliczenia na dana usługę marży w wysokości niespotykanej w tego rodzaju usługach, zapewniając sobie możliwość generowania zysku na poziomie niedostępnym dla innych wykonawców, bądź też całkowicie wyklucza ich z możliwości uzyskania zamówienia przy zastosowaniu prawidłowej stawki podatku VAT przez firmę realizującą zamówienia o rocznej wartości przekraczającej kwoty 200 000 zł. Powyższe działanie nie tylko zakłóca, ale i wypacza uczciwą konkurencję, uniemożliwiając rzetelne współzawodnictwo, (wyrok KIO sygn. akt 309/12 oraz 2254/14, a także uchwała KIO sygn. akt 107/14). Zamawiający uznał, że takie działanie wypełnia także przesłanki art. 15 ust. 1 pkt 5 u.z.n.k., gdyż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, przede wszystkim poprzez działanie mające na celu wymuszenie na Zamawiającym dokonania wyboru wykonawcy.

Do oferty Wykonawca załączył także listę podmiotów należących do grupy kapitałowej, dla każdego z członków konsorcjum. Na liście tej znajduje się łącznie 49 podmiotów, w tym 15 spółek o nazwie Outworking Rekrutacja Sp. z o.o. Sp. k. oznaczonych numerami od 1 do 15 oraz 15 spółek o nazwie Outworking APT Sp. z o.o. Sp. k. oznaczonych numerami od 1 do 15 oraz 15 spółek o nazwie Biuro Pracy Tymczasowej Sp. z o.o. Sp. k. oznaczonych numerami od 1 do 15.

Wszystkie podmioty posiadają ten sam adres siedziby tj. 61-502 Poznań ul. Langiewicza 2/10.

Spółki te w grupach kapitałowych, co do zasady, mają wspólne nazwy różniące się numerem porządkowym oraz wspólne adresy prowadzonej działalności. Analiza zachowania Wykonawcy na gruncie niniejszego postępowania skłania do stwierdzenia, iż skład konsorcjum został dobrany w taki sposób, aby zamówienie realizowały spółki, które mogą dokonywać nieopodatkowanej sprzedaży usług. Jednocześnie każda ze spółek, biorąc pod uwagę przedmiot prowadzonej działalności mogłaby wykonywać zamówienie samodzielnie (jednak już w takim przypadku przynajmniej część z nich z podatkiem VAT). Jest to w ocenie Zamawiającego celowe i rozmyślne działanie mające na celu pozyskanie zamówienia publicznego, wykorzystując „sztuczne struktury prawne”, dążąc do maksymalizacji zysku kosztem ograniczenia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku oraz sprzeczne z dobrymi obyczajami (tzw. uczciwość kupiecka). Spółki wchodzące w skład konsorcjum nie będące płatnikami VAT korzystają ze zwolnienia z podatku VAT co do zasady przewidzianego dla małych przedsiębiorców, de facto obsługując zamówienia, które jedna spółka nie mogłaby wykonywać korzystając z przedmiotowych zwolnień. Zamawiający zauważa, że prezentowane przez niego stanowisko znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w następujących wyrokach: wyrok KIO sygn. akt 1852/14, 1853/14, 2254/14.

Zamawiający dokonując oceny ofert musi brać pod uwagę szereg czynników, również czynniki podatkowe, w tym klauzule nadużycia prawa. W przeciwnym razie nie traktowałyby w sposób równy wszystkich oferentów, tj. akceptowałyby zachowania, które w ocenie rynku oraz Ministerstwa Finansów są nieakceptowane i powinny być penalizowane. W ocenie Zamawiającego konsorcjum przygotowując ofertę zakładało działanie w strukturze noszącej znamiona obejścia (nadużycia) prawa podatkowego celem nieuprawnionego korzystania ze zwolnienia z opodatkowania VAT, dostępnego dla drobnych przedsiębiorców. W doktrynie prawa podatkowego, orzecznictwie TSUE i sądów krajowych obowiązuje klauzula obejścia (nadużycia) prawa. Zgodnie z orzecznictwem TSUE, klauzula ta powinna mieć zastosowanie w zakresie VAT, nawet jeśli krajowe ustawodawstwo nie zawiera precyzyjnych wskazówek co do jej interpretacji i powoływania się na nią. Klauzula obejścia prawa funkcjonuje obecnie w dyspozycji normy prawnej art. 199 a § 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja Podatkowa (Dz. U. z 2015 r., poz. 613 ze zm.), jeżeli pod pozorem dokonania czynności prawnej/podatkowej dokonano innej czynności prawnej, skutki wywodzi się z ukrytej czynności prawnej.

Ponadto Zamawiający, stosownie do art. 22 ust. 1a i ust. 1b pkt. 3 ustawy Pzp, opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jaką muszą posiadać wykonawcy, aby ubiegać się o zamówienie. Zamawiający zastrzegł, że o zamówienie mogą ubiegać się tylko tacy wykonawcy, którzy wykażą, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a

jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali co najmniej 1 lub 2 zadania polegające na prowadzeniu i koordynowaniu prac przy zimowym utrzymaniu dróg krajowych lub dróg wojewódzkich utrzymywanych w standardzie co najmniej II o wartości minimum 30 000,00 zł brutto łącznie.

Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku Wykonawca wskazał zadania zrealizowane wspólnie przez Outworking Rekrutacja Sp. z o.o. 14 Sp. k. oraz Outworking APT Sp. z o.o. 14 Sp. k.

Nic nie stało na przeszkodzie, aby ww. spółki, mające doświadczenie, złożyły ofertę samodzielnie albo udzieliły zasobu tylko jednemu z członków konsorcjum np. podmiotowi ze swojej grupy kapitałowej.

Tworzenie przez Wykonawcę wielopodmiotowego konsorcjum potwierdza, iż udział w konsorcjum dodatkowych spółek ma na celu jedynie wykorzystanie na danym zadaniu zwolnienia z podatku VAT wynikające z art. 113 ustawy o VAT oraz nabycie przez pozostałych członków konsorcjum doświadczenia, które pozwoli Wykonawcy w kolejnych postępowaniach o zamówienie publiczne tworzyć inne konfiguracje spółek, już istniejących lub nowopowstałych.

Opisana powyżej praktyka Wykonawcy trwa na rynku zamówień publicznych od kilku lat, czego dowodem są wyroki KIO dotyczące wykonawców wchodzących w skład grupy kapitałowej, do której należą wykonawcy składający ofertę wspólną: wyrok KIO sygn. akt 339/13, 3000/13, 2696/14, 2254/14 oraz 309/15 a także uchwała KIO sygn. akt KIO/KD 107/14.

Z art. 3 ust. 1 u.z.n.k, do którego odsyła art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wynika, że znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpują nie tylko działania sprzeczne z prawem ale również z dobrymi obyczajami. Jak wskazuje się w orzecznictwie, dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo." (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach dnia 28 czerwca 2007 r. sygn. akt V ACA 371/07).

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: u.z.n.k.) jeżeli złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - Zamawiający odrzuca ofertę;

Wobec powyższego Zamawiający postanawia jak na wstępie.

Na podstawie art. 27 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający prosi o niezwłoczne potwierdzenie faktu otrzymania niniejszego pisma.

Z-ca Dyrektora Oddziału
mgr inż. Dariusz Mazurkowski

Sprawę prowadzi:

Magdalena Dec

Wydział Zamówień Publicznych

tel. +48 71 33 47 379, +48 734 121 016

fax +48 71 33 47 363, +48 71 367 17 69

mdec@gddkia.gov.pl