

Sygn. akt XXIII Ga 586/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 29 maja 2015 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący:	SSO Anna Gałas
Sędziowie:	SO Małgorzata Siemianowicz - Orlik (spr.) SO Bernard Litwiniec
Protokolant:	prot. sąd. Bartłomiej Fachinetti

po rozpoznaniu w dniu 29 maja 2015 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa Biura Pracy (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością 13 spółki komandytowej w (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością 11 spółki komandytowej w P.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2015 r. sygn. akt KIO 309/15

z udziałem przeciwnika skargi Skarbu Państwa – Prezesa Sądu Rejonowego w Pruszkowie

o zamówienie publiczne

I. oddała skargę,

II. zasądza od Biura Pracy (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością 13 spółki komandytowej w W. oraz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością 11 spółki komandytowej w P. na rzecz Skarbu Państwa – Prezesa Sądu Rejonowego w Pruszkowie 1800 zł (tysiąc osiemset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

Sygn. akt XXIII Ga 586/15

UZASADNIENIE

Zamawiający – Sąd Rejonowy w Pruszkowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „świadczenie usługi polegającej na skierowaniu 12 pracowników tymczasowych do pracy na rzecz Sądu Rejonowego w Pruszkowie”.

W dniu 11 lutego 2015 r. zamawiający zawiadomił konsorcjum wykonawców: Biuro Pracy (...) sp. z o.o. 13 sp.k. w (...) sp. z o.o. sp. k. w P. o odrzuceniu złożonej przez nich oferty wobec uznania, że jej zgłoszenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Jak wskazano, w przypadku prowadzonego postępowania cena ofertowa stanowiła 100% wagi kryterium. W związku z tym, skoro gwarantowane minimalne wynagrodzenie miesięczne pracownika zostało sztywno ustalone liczbowo w Załączniku nr 1 do SWIZ a podatek VAT wynosi 23%, to rywalizacja wykonawców zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji powinna dotyczyć marży agencji pracy tymczasowej. Tymczasem konsorcjum spółek, które mogą

dokonywać nieopodatkowanej sprzedaży usług, nie konkuruje tak jak inni wykonawcy, bo poprzez powołanie grupy spółek i dobieranie ich składu na potrzeby konkretnego zamówienia, mogło zaproponować realizację zamówienia za cenę netto, jednocześnie uzyskując przewagę w wysokości 23% ceny ofertowej, a co za tym idzie konsorcjum mogło naliczać na daną usługę marżę w wysokości niespotykanej w tego rodzaju usługach. Konsorcjanci nie są bowiem zarejestrowanymi czynnie podatnikami VAT, korzystają ze zwolnienia z art. 113 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług nie przekraczając zarówno w bieżącym jak i minionym roku podatkowym obrotów powyżej wskazanego limitu 150 000 zł. Każdy z nich osobno mógłby natomiast wykonywać zamówienie samodzielnie, jednakże będąc obowiązany do uiszczenia podatku 23% VAT. Konsorcjum, przygotowując ofertę, zakładało działanie w strukturze noszącej znamiona obejścia/nadużycia prawa podatkowego celem nieuprawnionego korzystania ze zwolnienia z opodatkowania. Zdaniem zamawiającego stanowiło to czyn nieuczciwej konkurencji również z uwagi na utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez działanie mające na celu wymuszenie na zamawiającym dokonania wyboru wykonawcy. Zamawiający dodał, iż wymagał, aby jedynym wystawcą faktury był lider konsorcjum. Natomiast wystawienie przez lidera konsorcjum jednej faktury doprowadzi go do przekroczenia na koniec trwania umowy limitu w bieżącym roku, na podstawie którego korzysta ze zwolnienia.

W związku z decyzją zamawiającego z dnia 11 lutego 2015 r. wykonawcy wnieśli dnia 16 lutego 2015 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych (PZP) poprzez uznanie, że oferta konsorcjum stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołujących, obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego oraz zasądzenie na rzecz odwołujących zwrotu uzasadnionych oraz udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

W uzasadnieniu odwołujący podnieśli, że ich działanie nie spełnia definicji czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Na decyzję zamawiającego istotny wpływ miała wiedza o działaniach innych podmiotów, tymczasem wszelkie rozstrzygnięcia winny być dokonywane w oparciu o zindywidualizowany stan faktyczny konkretnego przypadku. Nie jest prawdą, że wykonawcy konkurują wyłącznie wysokością marży, mogą bowiem konkurować wysokością ustawowych kosztów pracy, wysokością podatku VAT, mogą również otrzymywać pomoc publiczną, która będzie miała wpływ na cenę. Konsorcjum odwołującego składa się z przewidzianych i dozwolonych prawem spółek komandytowych, które zawarły dopuszczalne porozumienie. Skutkiem tego nie jest ograniczenie dostępu do rynku, a przeciwnie, zwiększenie konkurencyjności. W warunkach wolnej gospodarki rynkowej każde zachowanie przedsiębiorcy, które nie jest reglamentowane prawem bezwzględnie obowiązującym, jest prawnie dopuszczalne. Zmniejszenie obciążeń podatkowych jest działaniem racjonalnym i nosi nazwę optymalizacji podatkowej. Zdaniem odwołujących, zamawiający nie może powoływać zarzutu obejścia/nadużycia prawa podatkowego, bowiem zarzut ten jest na chwilę obecną pozbawiony normatywnej podstawy prawnej.

Wyrokiem z dnia 3 marca 2015 r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie i kosztami postępowania obciążyła wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Biuro Pracy (...) sp. z o.o. 13 sp.k. w (...) sp. z o.o. sp. k. w P., zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł uiszczoną przez odwołujących tytułem wpisu od odwołania.

W uzasadnieniu wyroku wskazano, że zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego uznając, że jej złożenie wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji – art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez zamawiającego wzięły udział spółki – córki z grup kapitałowych obu członków konsorcjum dobrane w ten sposób, aby korzystać ze zwolnienia podmiotowego z podatku VAT na podstawie art. 113 ustawy o podatku od towarów i usług. Liczba członków konsorcjum w tym postępowaniu uzależniona została od ceny ofertowej w przetargu, a jako że przekracza ona próg zwolnienia podmiotowego z VAT, to koniecznym było wystąpienie dwóch członków konsorcjum. Bezsprzecznie natomiast opisane warunki udziału w postępowaniu był w stanie spełnić również jeden konsorcjant. Przedmiotowa praktyka trwała na rynku od kilku lat, zmieniały się tylko spółki – córki z obu grup kapitałowych, biorące udział w postępowaniach.

Zamawiający odrzucił ofertę, uznając że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Rolą Izby w postępowaniu odwoławczym było stwierdzenie, czy badanie, jakie przeprowadził zamawiający, odpowiada prawu. W konsekwencji nie sposób zgodzić się z odwołującymi, że kwestia ta pozostawała poza kognicją Izby.

Odwołujący podnosił, że działanie spółek z jego grup kapitałowych należy rozpatrywać jako dozwoloną optymalizację podatkową. Na okoliczność tego powołał dowód z wyniku kontroli Urzędu Kontroli Skarbowej w P., przeprowadzonej w (...) sp. z o.o. sp.k. w P.. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała jednakże, iż przy uwzględnieniu, że kontrola odnosiła się do mechanizmu oferowania jaki stosuje konsorcjum, taki wynik kontroli mógł najwyżej stanowić dowód na to, że nie stwierdzono w przedmiotowym mechanizmie uchybień o charakterze prawnopodatkowym.

W uzasadnieniu wyroku podkreślono, że znamiona czynu nieuczciwej konkurencji to nie tylko działania sprzeczne z prawem, ale również sprzeczne z dobrymi obyczajami. Działanie odwołującego na potrzeby postępowania o zamówienie publiczne przeczy tym zasadom, bowiem sprowadza się do tworzenia nowych bytów prawnych de facto wyłącznie na potrzeby kolejnego zamówienia publicznego. Działanie odwołującego narusza również lub zagraża interesom innych przedsiębiorców. W konsekwencji takiego postępowania zyskuje on przewagę nad konkurentami w wysokości 23%, może nałożyć marżę w wysokości niespotykanej w takich usługach, zapewnia sobie możliwość generowania wyższego, niedostępnego dla innych zysku. Aby mieć możliwość walki z odwołującym, inni wykonawcy muszą oferować usługi poniżej kosztów. Wykonawcy, którzy nie działają jak odwołujący znaleźli się bez żadnych obiektywnych przyczyn w znacznie gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ofert. W konsekwencji działania odwołującego utrudniają innym podmiotom dostęp do rynku.

Zdaniem Izby działanie odwołującego wyczerpuje również znamiona określone w art. 15 ust 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jak wynika z przedmiotowego przepisu, każde działanie polegające na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku stanowi stypizowany w tym przepisie czyn nieuczciwej konkurencji. Przy kryterium wyboru ofert, którym była cena brutto 100%, opisane wyżej działanie odwołującego zmuszało niejako zamawiającego do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Jakkolwiek, w ocenie Izby, zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego, gdyż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, to nie zostały jednakże spełnione znamiona umowy przetargowej o której mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zdaniem Izby zawiązanie konsorcjum przez przedsiębiorców ubiegających się o udzielenie zamówienia może być uznawane za umowę przetargową jedynie w takich przypadkach, gdy konsorcjanci rezygnują z walki konkurencyjnej między sobą celem podyktowania mniej korzystnych warunków klientowi.

Mając na uwadze powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy PZP.

Na powyższe rozstrzygnięcie w ustawowym terminie skargę wniosło konsorcjum wykonawców: Biuro Pracy (...) sp. z o.o. 13 sp.k. w (...) sp. z o.o. sp. k. w P., zaskarżając wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w całości i zarzucając mu naruszenie przepisów prawa materialnego art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp w zw. z art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez przyjęcie, że złożenie oferty skarżącego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w sytuacji, gdy nie wystąpiły ustawowe elementy czynu nieuczciwej konkurencji.

Skarżący wnieśli o zmianę wyroku w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez uznanie żądań odwołania oraz zasądzenie na swoją rzecz kosztów procesu według norm przepisanych.

W uzasadnieniu skargi wskazano, że realizacja zamówienia przez podmioty zwolnione z podatku VAT i zorganizowane w ramach konsorcjum jest prawnie dozwolona i nie może zostać uznana za czyn nieuczciwej konkurencji. Co więcej jest to możliwość dostępna dla każdego przedsiębiorcy. Każde zachowanie przedsiębiorcy, które nie jest reglamentowane bezwzględnie obowiązującym prawem jest prawnie dopuszczalne. Skarżący podnieśli, że przeciwnik skargi nie wykazał, jaki przepis prawa został złamany lub jaki dobry obyczaj naruszono, nie wykazano również w jaki sposób działania skarżących naruszają interesy innych przedsiębiorców. W kwestii zwolnienia podmiotowego z podatku

VAT podniesiono, iż Urząd Kontroli Skarbowej w P. podczas przeprowadzonej kontroli nie stwierdził jakichkolwiek nieprawidłowości w tym zakresie. Co więcej korzystanie z dopuszczalnego prawem zwolnienia podatkowego nie różni się co do zasady, zdaniem skarżących, od otrzymywania pomocy publicznej, np. z funduszu PFRON. Skarżący podnieśli ponadto, że Krajowa Izba Odwoławcza nie wyjaśniła w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia różnic pomiędzy modelem optymalizacji stosowanym przez skarżących, a innymi, które byłyby zgodne z dobrymi obyczajami, a ponadto nie wyodrębniła w działaniu konsorcjum czegokolwiek, co decydowałoby o stwierdzeniu, że działanie to jest bezprawne.

W odpowiedzi na skargę zamawiający Sąd Rejonowy w Pruszkowie wniósł o odrzucenie skargi w całości oraz zasądzenie kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych podnosząc, że wniesiona skarga ma braki formalne uniemożliwiające jej rozpoznanie. Nie zawiera bowiem określenia wartości przedmiotu zaskarżenia, brak jest informacji, czy została należycie opłacona oraz brak odpisu skargi.

Na wypadek nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie skargi, zamawiający wniósł o jej oddalenie w całości i zasądzenie kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, wskazując na bezzasadność zarzutów skargi i prawidłowość rozważań poczynionych przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie zasługiwała na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy podzielił w całości ustalenia faktyczne i rozważania prawne poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą i przyjął je za własne, a zaskarżone rozstrzygnięcie uznał za prawidłowe.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, iż przedmiotem badania Sądu Okręgowego była wyłącznie niniejsza sprawa w jej stanie faktycznym. Stanowisko Sądu Okręgowego nie dotyczy możliwości występowania w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum wykonawców, złożonych z różnych spółek. Zadaniem składu orzekającego było dokonanie oceny działań poczynionych przez skarżącego występującego w niniejszej sprawie, to jest konsorcjum wykonawców: Biuro Pracy (...) sp. z o.o. 13 sp.k. w W. i (...) sp. z o.o. sp. k. w P..

Odnosząc się zatem do stanu faktycznego niniejszej sprawy należało uznać zaskarżone rozstrzygnięcie za prawidłowe. Na aprobatę w pełni zasługuje stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, że zamawiający słusznie odrzucił ofertę skarżącego, uznając, iż wypełnia ona znamiona czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Powyższa regulacja stanowi klauzulę generalną, jak wskazuje chociażby samo jej umiejscowienie w przepisach ogólnych ustawy. Wystarczy natomiast że zostaną spełnione przesłanki wyłącznie z tego przepisu, aby można było przyjąć, iż znamiona czynu nieuczciwej konkurencji zostały spełnione.

W ocenie Sądu Okręgowego Krajowa Izba Odwoławcza słusznie uznała, że w niniejszej sprawie działanie obu spółek skarżących, występujących jako konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, było sprzeczne z dobrymi obyczajami, naruszało i zagrażało interesom innych przedsiębiorców, potencjalnych wykonawców, a zatem zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Skarżący tworzą nowe sztuczne byty – konsorcja na potrzeby kolejnych zamówień publicznych, złożone z tak dobieranych każdorazowo spółek, aby pozwalało im to na korzystanie ze zwolnień z podatku VAT w oparciu o art. 113 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. Podkreślenia wymaga fakt, iż procedura ta nie jest jednorazowym działaniem na potrzeby tego konkretnego zamówienia publicznego, ale trwa od kilku lat i powtarza się w różnych konfiguracjach spółek. Co więcej, liczba członków poszczególnych konsorcjów na potrzeby kolejnych zamówień, uzależniona jest od ceny ofertowej oferowanej w tym przetargu. Jeżeli przekracza ona ustawowy próg zwolnienia od podatku VAT, to jest próg 150 000 zł, określony w art.113 ust.1 ustawy o podatku od towarów i usług, to liczba członków konsorcjum wynosi odpowiednio dwóch albo

więcej, w zależności od ceny oraz tego, ile razy ta cena przekracza ów próg 150 000 zł. Ilość spółek - córek, powiązanych ze spółkami występującymi jako konsorcjum w niniejszej sprawie, posiadających tych samych członków zarządu, sięga kilkudziesięciu.

Bez znaczenia pozostaje dla rozstrzygnięcia w tym zakresie fakt podnoszony przez skarżących, że kontrola przeprowadzona przez Urząd Kontroli Skarbowej w P. nie wykazała nieprawidłowości w korzystaniu ze zwolnienia podmiotowego z podatku VAT przez spółki występujące w konsorcjach z (...) sp. z o.o. sp.k. w P.. Świadczy to bowiem wyłącznie o braku uchybień o charakterze prawnopodatkowym. Nie przesądza natomiast w żaden sposób, że skarżący nie dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji. Nawet bowiem jeżeli spełnili oni wszystkie warunki, by zgodnie z obowiązującymi przepisami skorzystać ze zwolnienia z podatku VAT, to istotne znaczenia ma powtarzalność sposobu postępowania spółek i ich cel, którym każdorazowo było złożenie oferty i uzyskanie zamówienia publicznego. Tylko bowiem na potrzeby zamówienia publicznego sztucznie tworzone spółki i łączono w konsorcja, dopasowując ich skład tak, aby każdorazowo zgłaszając swój udział w postępowaniu takie konsorcjum mogło skorzystać ze zwolnienia podatkowego. Co za tym idzie podmioty te uzyskiwały korzyść w postaci nieuwzględnienia w cenie 23% podatku VAT, co czyniło w zasadzie niemożliwym konkurowanie z nimi innych wykonawców ubiegających się o zamówienie. Nie należy, w ocenie Sądu Okręgowego, do dobrych obyczajów konkurowanie w ramach postępowania o zamówienie publiczne, poprzez tworzenie sztucznych, jednorazowych tworów dla celów podatkowych w każdej konkretnej sprawie, tak jak w sprawie niniejszej.

Dodać należy, że tak jak podnosił przeciwnik skargi, faktycznie w przedmiotowej sprawie nie było konieczne tworzenie konsorcjum, ponieważ warunki udziału w postępowaniu mógłby spełnić każdy ze skarżących samodzielnie, uzyskując wsparcie od spółki - matki, którego zapewnienie udzielenia padło w postępowaniu o zamówienie publiczne.

Skarżący naruszyli również interesy innych przedsiębiorców, bowiem poprzez podejmowane działania oferowali, jak wskazano powyżej, cenę niższą już chociażby o wysokość podatku VAT, do którego uiszczania nie są zobowiązani wobec ustawowego zwolnienia. Inni wykonawcy, którzy występują w takim postępowaniu, oferując marże i ceny rynkowe, już z założenia na wstępie, nie są w stanie dorównać na rynku zamówień publicznych warunkom proponowanym przez skarżących. Podkreślenia ponownie wymaga powtarzalność tego działania. Tworzenie konsorcjów specjalnie skonstruowanych w celu uzyskania zwolnienia z podatku VAT i przez to uzyskania możliwości oferowania ceny niemożliwej do zaoferowania przez innych przedsiębiorców, którzy mogliby ubiegać się o określone zamówienie, jest sprzeczne z zasadami postępowania w sprawach o zamówienia publiczne i bezsprzecznie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu wyżej przytoczonego przepisu art. 3 ust. 1 ustawy.

Niewątpliwie też skarżący, przez swoje działanie utrudniają innym przedsiębiorcom, potencjalnym wykonawcom, dostęp do rynku, a takie działanie wypełnia znamiona naruszenia art. 15 ust. 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; de facto wymusza wybranie przez zamawiającego oferty skarżących jako najkorzystniejszej.

Z powyższych względów należało ocenić zarzuty podniesione w skardze jako bezzasadne.

Reasumując, z uwagi na prawidłowość rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej i niezasadność zarzutów skargi, skargę należało oddalić na podstawie art. 198 f ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do wyniku postępowania skargowego orzeczono o kosztach postępowania, obciążając nimi w całości skarżącego, zgodnie z art. 198 f ust. 5 ustawy w zw. z §3 pkt 2 b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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) mając na uwadze, że zamawiający wygrał postępowanie skargowe w całości, ponosząc przy tym koszty wynagrodzenia pełnomocnika w postępowaniu odwoławczym, w kwocie 1 800 zł.