



BIELUK I PARTNERZY

KANCELARIA RADCÓW PRAWNYCH

Białystok, 17.01.2022 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa**

Odwołujący: Cristal Travelnet spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Elku
ul. Wojska Polskiego 34, 19 – 300 Elk
KRS: 0000438650
**reprezentowana przez radcę prawnego
Katarzynę Zuzannę Zadykowicz-Sokol**
e-mail: k.zadykowicz-sokol@bieluk.pl
tel.: 85 66 37 783

Zamawiający: Województwo Lubuskie – Lubuskie Centrum Produktu Regionalnego w Zielonej Górze
ul. Leona Wyczółkowskiego 2, 65 – 140 Zielona Góra
e-mail: sekretariat@lcpr.pl
tel.: 68 326 74 01

ODWOŁANIE

**wobec czynności Zamawiającego – Województwa Lubuskiego – Lubuskiego Centrum Produktu Regionalnego w Zielonej Górze w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie podstawowym bez negocjacji pn.:
„Kompleksowa organizacja wyjazdowej misji gospodarczej lubuskich MŚP i samorządu połączonej z wizytą na targach EXPO 2020 w Dubaju”,
znak postępowania nadany przez Zamawiającego: LCPR.26.54.2021**

Działając w imieniu Odwołującego – Cristal Travelnet spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Elku, pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej w załączeniu, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej jako **Pzp**), niniejszym **zaskarżam** czynności Zamawiającego – Województwa Lubuskiego – Lubuskiego Centrum Produktu Regionalnego w Zielonej Górze w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie podstawowym bez negocjacji pn.: „Kompleksowa organizacja wyjazdowej misji

gospodarczej lubuskich MŚP i samorządu połączonej z wizytą na targach EXPO 2020 w Dubaju”, (znak postępowania nadany przez Zamawiającego: LCPR.26.54.2021), **polegające na:**

- 1) **odrzuceniu** oferty Odwołującego,
- 2) **wyborze** jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy – Agnieszka Gałkiewicz-Kłosińska prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „GANDALF TRAVEL AGNIESZKA GAŁKIEWICZ”,
- 3) **zaniechaniu** odrzucenia oferty Wykonawcy – Agnieszka Gałkiewicz-Kłosińska prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „GANDALF TRAVEL AGNIESZKA GAŁKIEWICZ” w warunkach, w których oferta Wykonawcy powinna zostać odrzucona z uwagi na fakt, że jest niezgodna z warunkami zamówienia i ustawą, co doprowadziło do nieprawidłowości w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucam następujące naruszenia:

- 1) **art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 16 Pzp, poprzez** nieuprawnione odrzucenie oferty Odwołującego, jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, w sytuacji gdy oferta Odwołującego nie zawiera takich błędów i została skalkulowana w oparciu o wszystkie składniki kosztotwórcze zamówienia z uwzględnieniem właściwej stawki podatku od towarów i usług, z poszanowaniem zasad prawa podatkowego, oraz w sytuacji gdy Zamawiający nie dokonał weryfikacji ceny ofertowej Odwołującego,
- 2) **art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez** zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Agnieszkę Gałkiewicz-Kłosińska prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „GANDALF TRAVEL AGNIESZKA GAŁKIEWICZ”, pomimo że oferta Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz przepisami ustawy, co stanowi również naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe zarzuty, **wnoszę o:**

- 1) **nakazanie** Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) **nakazanie** Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu,
- 3) **nakazanie** Zamawiającemu odrzucenia oferty Wykonawcy – Agnieszka Gałkiewicz-Kłosińska prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „GANDALF TRAVEL AGNIESZKA GAŁKIEWICZ”,
- 4) **zasądzenie** od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, według rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie.

Interes Odwołującego wyraża się w tym, że Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia i gdyby Zamawiający przeprowadził

postępowanie zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych, oferta Odwołującego nie zostałaby odrzucona i zostałaby uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący ma więc interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż może ponieść szkodę w związku z nieudzieleniem mu zamówienia.

Wpis od odwołania w kwocie 7.500,00 zł został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Potwierdzenie uiszczenia wpisu znajduje się w załączeniu.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 grudnia 2021 r. pod nr 2021/BZP 00299573/01.

Informację o czynności, od której składane jest niniejsze odwołanie, tj. wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego, Odwołujący uzyskał 10 stycznia 2022 r. Odwołanie zostaje wniesione w dniu 17 stycznia 2022 r., czyli w terminie przewidzianym w art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 359 pkt 1 Pzp.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 17 stycznia 2022 r., czyli z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 514 ust. 2 Pzp.

Uzasadnienie

Stan faktyczny

Dnia 3 grudnia 2021 r. Zamawiający opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz na platformie zakupowej Zamawiającego ogłoszenie o zamówieniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie podstawowym bez negocjacji pn.: „Kompleksowa organizacja wyjazdowej misji gospodarczej lubuskich MŚP i samorządu połączonej z wizytą na targach EXPO 2020 w Dubaju”, (znak postępowania nadany przez Zamawiającego: LCPR.26.54.2021).

Dowód:

- ogłoszenie o zamówieniu,
 - SWZ wraz z załącznikami,
- (w aktach postępowania).

Dnia 13 grudnia 2021 r. Zamawiający opublikował informację z otwarcia ofert. Ofertę złożyło pięciu wykonawców.

Dowód: informacja z otwarcia ofert z dnia 13.12.2021 r. (w aktach postępowania).

Zamawiający 13 grudnia 2021 r. wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Dowód: wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych z dnia 13.12.2021 r.

Dnia 21 grudnia 2021 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zastosowania procedury VAT marża – 0 %. W wezwaniu Zamawiający wskazał, że powziął wątpliwości, co do prawidłowości zastosowania przez Odwołującego procedury VAT

marża – 0 % i wezwał Odwołującego do wyjaśnienia powodów zastosowania tej procedury w odniesieniu do wszystkich elementów zamówienia, w szczególności wskazanych w wezwaniu. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że „niezłożenie wyczerpujących w wyznaczonym terminie wyjaśnień, które w sposób jednoznaczny będą potwierdzały prawidłowość postępowania Wykonawcy spowoduje odrzucenie oferty w postępowaniu”.

Dowód: wezwanie do wyjaśnień z dnia 21.12.2021 r. (w aktach postępowania).

Dnia 27 grudnia 2021 r. Odwołujący złożył obszernie wyjaśnienia w zakresie zastosowania procedury VAT marża – 0% w swojej ofercie.

Dowód: wyjaśnienia Odwołującego z dnia 27.12.2021 r. (w aktach postępowania) .

Dnia 10 stycznia 2022 r. Zamawiający poinformował o wynikach oceny i badania ofert złożonych w postępowaniu. Zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę Wykonawcy – Agnieszki Gałkiewicz-Kłosińskiej prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą „GANDALF TRAVEL AGNIESZKA GAŁKIEWICZ”. Oferta Odwołującego została odrzucona.

Dowód: zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 10.01.2022 r. (w aktach postępowania).

Stan prawny

- I. **Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 16 Pzp, poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty Odwołującego, jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, w sytuacji gdy oferta Odwołującego nie zawiera takich błędów i została skalkulowana w oparciu o wszystkie składniki kosztotwórcze zamówienia z uwzględnieniem właściwej stawki podatku od towarów i usług, z poszanowaniem zasad prawa podatkowego, oraz w sytuacji gdy Zamawiający nie dokonał weryfikacji ceny ofertowej Odwołującego.**

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Pzp nie definiuje, co należy rozumieć przez pojęcie „błąd w obliczeniu ceny”. Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej można wywieść, że skutkujące odrzuceniem oferty błędy w obliczeniu ceny lub kosztu to takie błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, które nie mogą zostać naprawione w toku postępowania. Jeżeli w toku badania ujawnione zostaną nieprawidłowości w ofercie powodujące jej niezgodność z treścią dokumentów zamówienia i wystąpią skutki tych nieprawidłowości w postaci błędnej wyceny oferty, zastosowanie może znaleźć art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp upoważniający zamawiającego do dokonania nieistotnych zmian w treści oferty. Błędem w obliczeniu ceny będzie nieprawidłowe określenie przez wykonawcę stawki VAT. Stawka podatku VAT jest bowiem elementem cenotwórczym. Do błędu w obliczeniu ceny dotyczącym stawki podatku VAT dojdzie w sytuacji, gdy wykonawca **przyjmie w ofercie stawkę nieprawidłową** w okolicznościach, gdy

zamawiający nie określi w dokumentach zamówienia prawidłowej stawki podatku VAT. **Jeżeli natomiast wykonawca określił stawkę VAT prawidłowo (tj. przyporządkował przedmiot zamówienia do odpowiedniej stawki VAT), a popełnił tylko błąd rachunkowy, polegający np. na błędnym sumowaniu prawidłowej wartości netto i stawki VAT, błąd taki nie będzie stanowił, co do zasady, błędu w obliczeniu ceny, a omyłkę rachunkową podlegającą poprawieniu przez zamawiającego.** Jako błąd w obliczeniu ceny uznaje się nieprawidłowości w wycenie oferty przez wykonawcę polegające na niezastosowaniu lub wadliwym zastosowaniu przepisów prawa (innych niż Pzp), które mają wpływ na wycenę oferty¹.

„Za błąd w obliczeniu ceny należy uznać wadliwy dobór przez wykonawcę elementów mających wpływ na właściwe obliczenie ceny oferty, w tym przyjęcie i zastosowanie wadliwej stawki podatku VAT przez wykonawcę, w przypadku, gdy zamawiający nie określił wysokości stawki tego podatku w SIWZ, ale wymagał samodzielnego zastosowania przez wykonawcę obowiązujących przepisów w tym zakresie”².

Co istotne, Zamawiający przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, obowiązany był stwierdzić popełnienie przez wykonawcę tego rodzaju błędu, który skutkuje tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. Wymaga to zatem stwierdzenia, iż odmienność sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna, gdyby wykonawca ściśle zastosował się do sposobu obliczenia ceny wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieć zatem do czynienia w sytuacji przyjęcia przez wykonawcę niewłaściwych danych, wynikających przykładowo z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego. W przedmiotowej sprawie **Zamawiający zaniechał zbadania sposobu skalkulowania ceny przez Odwołującego.** Zamawiający błędnie wywiódł z udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień, że Odwołujący nie skalkulował w cenie oferty właściwych stawek VAT, w tym stawki 23%, co ma potwierdzać formularz ofertowy, w którym Odwołujący, nie będąc do tego zobligowany (Zamawiający ani w SWZ, ani w formularzu ofertowym nie określił, że wymaga podania zastosowanej do wyliczenia ceny ofertowej stawki VAT), wskazał na zastosowanie procedury VAT marża.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego wskazując, że: *„Zamawiający nie podzielił stanowiska Wykonawcy, w szczególności stwierdzając na podstawie udzielonych wyjaśnień, że faktycznie do wyliczenia ceny ofert składników cenotwórczych Wykonawca wziął pod uwagę zarówno 0% jak i 23 % VAT, natomiast w ofercie wskazał, że będzie to jedynie „procedura VAT marża - stawka 0 %”.* Prawo zamówień publicznych nie przewiduje możliwości nie ujmowania właściwej stawki VAT tylko dlatego, że ma ona nieznaczny wpływ na cenę zamówienia ani sytuacji gdzie Wykonawca podaje tylko stawkę dominującą. Wbrew twierdzeniom Wykonawcy złożone wyjaśnienia prowadzą de facto do zmiany oferty pomimo tego, że stawka VAT nie była

¹ Tak w Komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych do Prawa zamówień publicznych, art. 226 ust. 1 pkt 10.

² Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lutego 2021 r., sygn. akt: KIO 272/21.

wymaganym elementem oferty. Zamawiający miał obowiązek dokonania weryfikacji w zakresie wątpliwości co do zastosowanej ceny, gdyż o porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny, można mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównywania, zostały obliczone przez wykonawców zabiegających o uzyskanie zamówienia publicznego z zachowaniem tych samych reguł”. Zamawiający powołał się także na Uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. sygn. akt: III CZP 52/11.

Z przedmiotowym uzasadnieniem, jak i samą czynnością odrzucenia oferty Odwołującego nie sposób się zgodzić.

Po pierwsze, zgodnie z Rozdziałem XXIV SWZ, wykonawca składając ofertę był obowiązany wypełnić formularz ofertowy, stanowiący załącznik nr 2 do SWZ „w którym pozycja cena brutto ogółem będzie stanowić cenę za wykonanie całości zamówienia (skalkulowane dla 20 osób - na potrzeby porównania i wyboru ofert)”.

Zamawiający żądał podania w formularzu cenowym, ceny ogółem brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia oraz wskazać wartości wyszczególnione w tabeli kalkulacyjnej tj. cenę jednostkową netto oraz cenę jednostkową brutto, a także cenę netto dla 20 uczestników i cenę brutto w przeliczeniu na 20 uczestników. **Zamawiający nie wymagał wskazania stawki podatku od towarów i usług jaką uwzględnił wykonawca przy określeniu ceny ofertowej brutto.**

Zgodnie z SWZ, cena ofertowa brutto ma uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. **Odwołujący skalkulował swoją ofertę z uwzględnieniem wszystkich elementów składających się na kompleksową organizację misji gospodarczej do Dubaju.**

Po drugie, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Celem wyjaśnień jest uzyskanie jednoznacznych informacji dotyczących całości lub części oferty, jak również przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, które są nieprecyzyjne, niejasne, dwuznaczne, budzą wątpliwości interpretacyjne, tak aby możliwa była ocena, czy badana oferta w danym zakresie spełnia wymagania postawione przez zamawiającego. Uruchomienie procedury z art. 223 ust. 1 Pzp oznacza, że zamawiający miał wątpliwości co do jednoznacznego stwierdzenia o zgodności lub niezgodności oferty z warunkami zamówienia, których rozwianie może nastąpić wyłącznie przy udziale wykonawcy. Negatywna ocena wyjaśnień prowadzi do negatywnych dla wykonawców konsekwencji, dlatego **Zamawiający przy ich ocenie powinien wykazać się należyta starannością, czego w przedmiotowym postępowaniu nie uczynił.**

Zamawiający pismem z dnia 21 grudnia 2021 r., wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w zakresie „powodów zastosowania procedury VAT marża – 0% w odniesieniu do wszystkich elementów zamówienia”.

Dowód: wezwanie do wyjaśnień z dnia 21 grudnia 2021 r. – w aktach sprawy

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie z dnia 27 grudnia 2021 r., wyjaśnił przyczyny zastosowania procedury VAT marża przy kalkulowaniu ceny ofertowej w odniesieniu do usług będących przedmiotem zamówienia. Stwierdzenie użyte w wyjaśnieniach: „Wykonawca nie wspomniał o stawce 23%, gdy z stawka ta będzie miała znikome zastosowanie przy opodatkowaniu tej Misji, Wykonawca obawiał się, że podanie dwóch stawek podatku będzie stwarzać wrażenie, że właściwa stawka VAT nie została przez Wykonawcę ustalona”, nie przesądza, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, że przy obliczeniu ceny ofertowej Odwołujący zastosował nieprawidłową stawkę VAT. Co więcej, z wyjaśnień nie wynika, że Odwołujący nie uwzględnił w kalkulacji ceny ofertowej właściwej stawki VAT, a także że „nie ujął właściwej stawki VAT”.

Odwołujący w formularzu cenowym, przy wskazaniu cen brutto wskazał na zastosowanie do usług objętych zamówieniem „procedury VAT Marża stawka 0%”. Wskazanie stawki VAT nie było wymaganym elementem oferty, w związku z czym, Odwołujący podał wyłącznie dominującą stawkę VAT, bez szczegółowego podawania stawek VAT właściwych do opodatkowania poszczególnych świadczeń. Zgodnie z art. 106e ust. 2 ustawy o podatku VAT, na fakturze dokumentującej świadczenie usług opodatkowanych w procedurze VAT marża nie wykazuje się kwoty netto oraz kwoty VAT (wyłącznie kwotę brutto).

Zaistnienie u Zamawiającego wątpliwości co do treści oferty, przedmiotowych środków dowodowych, dokumentów lub oświadczeń, prowadzących do niezgodności oferty z warunkami zamówienia może powodować konieczność uprzedniego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień i umożliwienia rozwiania wątpliwości zamawiającego. Niewątpliwie Wyjaśnienia Odwołującego wyczerpały wszystkie żądania wezwania Zamawiającego. Wyjaśnienia Odwołującego złożone w postępowaniu były konkretne wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, wskazujące na powody zastosowania procedury VAT marża 0 % i elementów usługi, do których stawka 0% będzie miała zastosowanie. Niejasnym jest na podstawie czego Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny, polegające na przyjęciu do wyliczenia ceny nieprawidłowej stawki VAT, w sytuacji, gdy Odwołujący nie był obowiązany wskazać zastosowanych stawek VAT, a jedynie wyjaśnić zastosowanie procedury VAT marża – 0%.

Odwołujący przyjął właściwe stawki podatku VAT, zgodnie z poniższym:

1) stawka VAT od marży: 0%

- w odniesieniu do powyższych usług zastosowanie znajduje reguła opodatkowania VAT w miejscu konsumpcji, która znajduje odzwierciedlenie w procedurze VAT marża uregulowanej w art. 119 ustawy o podatku VAT. Procedura ta zakłada bowiem, że do żadnego z państw członkowskich nie trafią wpływy podatkowe z tytułu świadczenia usług turystycznych odbywających się poza terytorium Unii Europejskiej. Zgodnie bowiem z art. 119 ust. 7 ustawy o VAT: „Usługi turystyki podlegają opodatkowaniu

stawką podatku w wysokości 0%, jeżeli usługi nabywane od innych podatników dla bezpośredniej korzyści turysty są świadczone poza terytorium Unii Europejskiej.” Zastosowanie 0% stawki VAT powoduje w istocie, że nie dochodzi do obciążenia danej usługi unijnym podatkiem od wartości dodanej. Z kolei, wysokość stawki VAT właściwej do opodatkowania usług mieszanych, tj. wykonywanych w UE oraz poza jej terytorium, reguluje art. 119 ust. 8 ustawy o VAT, który stanowi, że „Jeżeli usługi nabywane od innych podatników dla bezpośredniej korzyści turysty są świadczone zarówno na terytorium Unii Europejskiej, jak i poza nim, to usługi turystyki podlegają opodatkowaniu stawką podatku w wysokości 0% tylko w części, która dotyczy usług świadczonych poza terytorium Unii Europejskiej.”:

a) bilety lotnicze do i z kraju Misji

- na potrzeby zastosowania właściwej stawki VAT w odniesieniu do usług międzynarodowego transportu lotniczego przyjmuje się fikcję prawną zakładającą, iż transport lotniczy z Polski poza terytorium Unii Europejskiej oraz spoza terytorium Unii Europejskiej do Polski wykonywany jest w całości poza terytorium Unii Europejskiej. Stanowi o tym § 4 Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 16.12.2013 r. w sprawie miejsca świadczenia usług oraz zwrotu kwoty podatku naliczonego jednostce dokonującej nabycia (importu) towarów lub usług, zgodnie z którym: *„W przypadku gdy nabywane usługi, o których mowa w art. 119 ust. 8 ustawy, są usługami transportu międzynarodowego świadczonymi środkami transportu morskiego lub lotniczego, usługi te dla opodatkowania stawką podatku od towarów i usług, zwanego dalej "podatkiem", w wysokości 0% usług turystyki uznaje się za usługi świadczone poza terytorium Unii Europejskiej.”* Stosownie do art. 83 ust. 3 pkt 2 ustawy o podatku VAT: *„Przez usługi transportu międzynarodowego, o których mowa w ust. 1 pkt 23, rozumie się przewóz lub inny sposób przemieszczania osób środkami transportu morskiego, lotniczego i kolejowego:*

- a) z miejsca wyjazdu na terytorium kraju do miejsca przyjazdu poza terytorium kraju,*
- b) z miejsca wyjazdu poza terytorium kraju do miejsca przyjazdu na terytorium kraju,*
- c) z miejsca wyjazdu poza terytorium kraju do miejsca przyjazdu poza terytorium kraju, jeżeli trasa przebiega na pewnym odcinku przez terytorium kraju (tranzyt).”*

Mając na uwadze fakt, że transport lotniczy z Polski do kraju Misji oraz z kraju Misji do Polski spełnia definicję transportu międzynarodowego w rozumieniu art. 83 ust. 3 pkt 2 ustawy o podatku VAT, w odniesieniu do analizowanych biletów lotniczych znajdzie zastosowanie fikcja prawna, o której mowa powyżej, zakładająca, że usługi te w całości odbywają się poza terytorium Unii Europejskiej.

Zasadność zastosowania 0% stawki VAT w odniesieniu do transportu lotniczego z Polski do kraju trzeciego (tj. poza Unię Europejską) oraz z kraju trzeciego do Polski potwierdza

wyżej powołana interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 17.05.2013 r.³ ;

- b)** transfery Dubaj (2 pojazdy) - przewóz osób odbywać się będzie w kraju Misji, a więc poza terytorium Unii Europejskiej,
- c)** noclegi - noclegi odbywać się będą w kraju Misji, a więc poza terytorium Unii Europejskiej,
- d)** wyżywienie - konsumpcja tej usługi będzie miała miejsce w kraju Misji, a więc poza terytorium Unii Europejskiej,
- e)** zapewnienie opiekunów - opieka nad uczestnikami Misji odbywać się będzie na miejscu, tj. w kraju Misji, a więc poza terytorium Unii Europejskiej,
- f)** ubezpieczenie oraz dokumenty podróżne (m.in. wiza, badania covidowe) - ubezpieczenie będzie obejmować pobyt podróżnych w kraju Misji, w związku z czym, konsumpcja tego świadczenia będzie miała miejsce poza terytorium Unii Europejskiej. Również wszelkie świadczenia nabywane jako warunek wyjazdu oraz pobytu w kraju Misji (pośrednictwo wizowe, badania covidowe) będą konsumowane w kraju destynacji, tj. poza terytorium UE. Na prawidłowość tego stanowiska wskazuje interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 12.06.2013 r. (sygn. IBPP1/443-214/13/AW). Z wnioskiem o interpretację wystąpił podatnik zajmujący się organizacją imprez turystycznych odbywających się poza terytorium Unii Europejskiej. W stanie faktycznym wniosku wnioskodawca wskazał, iż na potrzeby organizowanych wyjazdów *„załatwia wizy do odwiedzanych krajów, wykupuje też dla uczestników ubezpieczenie NW i KL.”* W wydanej interpretacji organ podatkowy potwierdził zasadność opodatkowania całości wykonywanych usług 0% stawką VAT,
- g)** materiały promocyjne - materiały promocyjne dystrybuowane będą w kraju Misji, w związku z czym, należy stwierdzić, że ich konsumpcja będzie miała miejsce poza terytorium Unii Europejskiej,
- h)** wynajem Sali konferencyjnej i poczęstunek - sala zostanie wynajęta w kraju Misji, co uzasadnia zastosowanie 0% stawki VAT w odniesieniu do marży przypadającej na te świadczenie,
- i)** organizacja spotkań B2B - spotkania będą odbywały się w kraju Misji, a więc poza terytorium Unii Europejskiej,
- j)** bilety wstępu na Expo - Expo odbywać się będzie w kraju Misji, a więc poza terytorium Unii Europejskiej,
- k)** prezentacja multimedialna - prezentacja będzie wyświetlana podczas spotkań w kraju Misji;

³ Interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 17.05.2013 r., sygn. IBPP4/443-70/13/EK.

- 2) stawka VAT od marży: 23% - Transfery Zielona Góra – lotnisko – Zielona Góra - objęcie wyżej wymienioną stawką ze względu na fakt, że z usługi tej podróży korzystać będą w Polsce,
- 3) rozliczenie dokumentacyjne Misji, narada koordynacyjna w siedzibie Zamawiającego, opracowanie szczegółowego harmonogramu wyjazdu, przygotowanie pisemnego raportu podsumowującego Misję, przygotowanie protokołu odbioru wraz z załącznikami, spotkanie organizacyjne w Zielonej Górze – jako czynności organizacyjne warunkujące możliwość odbycia podróży i z nią nierozzerwalnie związane - należność pokrywająca koszty tych świadczeń będzie opodatkowana zarówno stawką 0% jak i stawką 23%, w proporcji, w jakiej pozostają względem siebie koszty (pozostałych) świadczeń dla bezpośredniej korzyści turysty.

Wobec powyższego, nie sposób uznać, że w ofercie Odwołującego wystąpił błąd w obliczeniu ceny lub kosztu.

Dodatkowo wskazuję, że w wezwaniu z dnia 21 grudnia 2021 r., Zamawiający zastrzegł, że *„W świetle powyższych ustaleń Zamawiający wzywa do wyjaśnienia powodów zastosowania procedury VAT marża – 0% w odniesieniu do wszystkich elementów zamówienia, ze szczególnym uwzględnieniem elementów wskazanych w przytoczonej analizie w nieprzekraczalnym terminie do dnia 27 grudnia 2021 r. do godz. 12:00. Zamawiający informuje, że wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany oferty i nie mogą być sprzeczne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Zamawiający informuje, że **niezłożenie wyczerpujących w wyznaczonym terminie wyjaśnień, które w sposób jednoznaczny będą potwierdzały prawidłowość postępowania Wykonawcy spowoduje odrzucenie oferty w postępowaniu**”*. Zamawiający w wystosowanym wezwaniu nie wskazuje podstawy wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zastosowania procedury VAT marża. Jednak uznać należy, że Zamawiający wystosował wezwanie na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp. Rygor nadany przez Zamawiającego w wezwaniu w świetle przepisów Pzp jest nieuprawniony. Ustawa wprost przewiduje zamknięty katalog przesłanek do odrzucenia oferty wykonawcy.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający nieprawidłowo dokonał odrzucenia oferty Odwołującego.

- II. **Wybór art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Agnieszkę Galkiewicz-Kłosińska prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „GANDALF TRAVEL AGNIESZKA GAŁKIEWICZ”, pomimo że oferta Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz przepisami ustawy, co stanowi również naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.**

1. Udostępnienie zasobów w postaci doświadczenia przez podmiot trzeci

Zgodnie z rozdziałem XIV ust. 2 pkt 4 SWZ, Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przewidział następujące warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:

„a) Wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności technicznej, jeśli wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej 3 misje gospodarcze lub wyjazdy studyjne lub wizyty studyjne, w tym przynajmniej 1 misję gospodarczą lub wyjazd studyjny lub wizytę studyjną do Zjednoczonych Emiratów Arabskich z udziałem przynajmniej 6 uczestników, o wartości co najmniej 50 000 PLN brutto każda, w trakcie których w programie merytorycznym odbyły się spotkania z izbami handlowymi lub urzędami lub firmami oraz odbyły się spotkania B2B.

b) Wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności zawodowej, jeśli wykaże, że skieruje do realizacji przedmiotu zamówienia, przez cały okres realizacji przedmiotu umowy,

- Koordynatora – osoba odpowiedzialna za koordynację umowy w sprawie niniejszego zamówienia, posiadająca co najmniej 3-letnie doświadczenie w pracy w branży turystycznej, która posiada doświadczenie w co najmniej 3 misjach –gospodarczych, wizytach studyjnych lub wyjazdach studyjnych, w charakterze pilota, opiekuna, przewodnika lub koordynatora, w trakcie których w programie merytorycznym odbyły się co najmniej spotkania B2B;
- Koordynatora „na miejscu” - osoba odpowiedzialna za koordynację umowy w sprawie niniejszego zamówienia na miejscu realizacji (w ZEA), posiadająca zdolność do podejmowania wiążących decyzji w imieniu Zamawiającego, posiadająca co najmniej 3-letnie doświadczenie w pracy w branży turystycznej;
- Opiekuna grupy I (pilota- przewodnika) - osoby ze znajomością języka angielskiego lub kraju misji na poziomie min. C1 wg kryteriów Rady Europy, która posiada doświadczenie w co najmniej 1 misji gospodarczej, wizycie studyjnej, w Dubaju w charakterze pilota, opiekuna, przewodnika lub koordynatora, posiadająca co najmniej 3-letnie doświadczenie w pracy w branży turystycznej;
- Opiekuna grupy II (pilota- przewodnika) – osoby ze znajomością języka angielskiego lub kraju misji na poziomie min. C1 wg kryteriów Rady Europy, posiadająca co najmniej 3-letnie doświadczenie w pracy w branży turystycznej”.

Natomiast, jak wynika z rozdziału XII ust. 1 SWZ, wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, mogą polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotów udostępniających zasoby. Ponadto, jak Zamawiający przewidział w rozdziale XII ust. 2 SWZ, „W odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty

te wykonają świadczenie, do realizacji którego zdolności te są wymagane”.

Ponadto, adekwatnie do rozdziału XII ust. 6 SWZ, wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom. Jednocześnie Zamawiający w rozdziale XII ust. 7 SWZ wskazał, że *„wymaga, aby w przypadku powierzenia części zamówienia podwykonawcom, Wykonawca wskazał w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podał (o ile są mu wiadome na tym etapie) nazwy (firmy) tych podwykonawców”.*

Dodatkowo, jako jedno z dwóch kryteriów oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający przewidział kryterium doświadczenia koordynatora wyznaczonego przez wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia. Zgodnie z rozdziałem XXVI ust. 2 SWZ, *„Ad 2. W kryterium - Doświadczenie Koordynatora wyznaczonego przez Wykonawcę do realizacji przedmiotu zamówienia („D”) - można uzyskać 40 punktów bazowych = 40%.*

W kryterium Zamawiający będzie przyznawał punkty za każde dodatkowe zrealizowane przez Koordynatora wskazanego przez Wykonawcę zadanie (ponad minimalne, określone w OPZ, tj. ponad 3 wydarzenia wykazane na spełnianie warunków udziału w postępowaniu - patrz: rozdział Koordynator). Punkty zostaną przyznane w następujący sposób:

- *1 dodatkowe zadanie (ponad minimalne określone w warunku udziału w postępowaniu) – 20 pkt;*
- *2 dodatkowe zadania (ponad minimalne określone w warunku udziału w postępowaniu) – 40 pkt.*

Maksymalna ilość punktów przyznanych w niniejszym kryterium wynosi 40 pkt. = 40%”.

Dowód: SWZ

Wykonawca Gandalf Travel w przedmiotowym postępowaniu przedłożył zobowiązania podmiotu trzeciego – GMSYNERGY spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółki jawnej z siedzibą w Rzgowie (dalej jako GMSYNERGY sp. z o.o. sp. j.) do udostępnienia zasobów w postaci doświadczenia. Jak wynika z przedłożonych zobowiązań podmiotu trzeciego, GMSYNERGY sp. z o.o. sp. j. udostępnia Gandalf Travel zasoby w postaci zdolności technicznej (wiedzy i doświadczenia) nabytych w trakcie organizacji misji gospodarczych przez Spółkę oraz wspólnika w osobie Agnieszki Gałkiewicz-Kłosińskiej.

Dowód: zobowiązania GMSYNERGY sp. z o.o. sp. j. do udostępnienia zasobów (w aktach postępowania)

Zgodnie z art. 118 ust. 2 Pzp, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia **wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.** Oznacza to, że w przypadkach określonych przepisem, podmiot udostępniający zasoby musi uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jako podwykonawca. Liczy się zatem tylko rzeczywiste wsparcie wykonawcy polegające na faktycznym zaangażowaniu w wykonanie zamówienia. Przedmiotem niniejszego

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest usługą kompleksowej organizacji misji gospodarczej, w związku z czym, w przypadku polegania na zdolnościach innych podmiotów, należy stosować powyższy przepis.

Podkreślenia wymaga, że Wykonawca Gandalf Travel w ofercie wskazuje wprost, że przedmiotowe zamówienie **zamierza wykonać własnymi siłami, tj. bez udziału podwykonawców.**

Dowód: formularz ofertowy Gandalf Travel str. 4 (w aktach postępowania)

Dodatkowo, z przedłożonych zobowiązań o udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego wynika, że zakres udziału GMSYNERGY sp. z o.o. sp. j. przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia będzie polegał na koordynacji i nadzorze nad działaniami związanymi z organizacją misji w celu jej prawidłowego i należytego wykonania. Natomiast zakres udziału Agnieszki Gałkiewicz – Kłosińskiej przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia będzie polegał na zaprojektowaniu i wytworzeniu materiałów informacyjnych i reklamowych oraz prezentacji multimedialnych, a także na koordynacji i nadzorze nad działaniami związanymi z organizacją misji w celu jej prawidłowego i należytego wykonania.

Dowód: zobowiązania GMSYNERGY sp. z o.o. sp. j. do udostępnienia zasobów (w aktach postępowania)

Należy ponadto zauważyć, że wszystkie usługi wskazane w wykazie usług przedłożonym przez Gandalf Travel, zostały wykonane przez GMSYNERGY sp. z o.o. sp. j.

Dowód: wykaz usług Gandalf Travel wraz z dowodami należytego wykonania (w aktach postępowania)

Jak podkreśla Urząd Zamówień Publicznych, w komentarzu do art. 118 p.z.p., ***„Udział podmiotu trzeciego polegający np. wyłącznie na prowadzeniu działalności o charakterze doradczym lub szkoleniowym, nie gwarantuje, że wykonawcy zostaną rzeczywiście udostępnione zasoby niezbędne do wykonania zamówienia. Liczy się zatem tylko rzeczywiste wsparcie wykonawcy polegające na faktycznym zaangażowaniu w wykonanie zamówienia. Zapobieg ma to również wsparciu pozornemu jedynie na etapie postępowania i jedynie w celu jego uzyskania przez wykonawcę. Wyklucza to możliwość prostego „zsumowania” doświadczenia wykonawcy z doświadczeniem podmiotu trzeciego. Powinno się uwzględniać tylko doświadczenie tego przedsiębiorcy, który rzeczywiście, tj. w sensie technicznym, wykona część zamówienia, do której doświadczenie się odnosi. Możliwość polegania na zdolnościach podwykonawcy w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych oraz doświadczenia jest dana wykonawcy tylko w takim zakresie, w jakim dysponuje zasobami podwykonawcy, a więc tylko co do tej części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcy”⁴.***

Ustawa nakłada więc wymóg, aby udostępnienie potencjału co do określonych zdolności nastąpiło poprzez **udział podmiotu w realizacji zamówienia w określonym**

⁴ Urząd Zamówień Publicznych, Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. H. Nowaka i M. Winiarza, Warszawa 2021, s. 453.

zakresie. Jak potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w przypadku wykazania spełnienia warunków za pomocą zasobów podmiotu trzeciego w zakresie doświadczenia niezbędne jest, aby podmiot ten następnie wykonywał prace, do których dane zdolności są niezbędne. W licznych orzeczeniach Izba odrzuciła możliwość udostępniania zasobu trzeciego w formie doradztwa, konsultacji czy kontroli. Tak m.in. w wyroku z dnia 28 maja 2018 r., *„Zgodnie z bieżącym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej jak i stanowiskiem doktryny w świetle znowelizowanej ustawy pzp udział w realizacji zamówienia poprzez doradztwo, konsultacje czy kontrolę nie jest wystarczający do uznania spełnienia przesłanki, o której mowa w art. 22a ust. 4 ustawy pzp - inny podmiot ma bowiem nie wziąć udziału w realizacji zamówienia a jest zobowiązany zrealizować zamówienie w zakresie w jakim udostępnił własne zasoby. "Udział w realizacji zamówienia może przybrać rozmaite formy zaangażowania podmiotu trzeciego, może realizować się w postaci doradztwa, konsultacji, nadzoru, uczestniczenia przy wykonywaniu określonych czynności, etc. Natomiast wymóg zrealizowania części zamówienia, z którymi wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą" (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2245/17). Ustawodawca tym samym przesądził, że realne udostępnienie takich zasobów w przypadku ww. warunków może polegać wyłącznie na wykonaniu przez podmiot udostępniający usług, do których takie zdolności są wymagane”⁵.*

Również w wyrok z dnia 2 października 2020 r. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że *„wymóg realizacji usług, przez podmioty na zasobach, których polega wykonawca w odniesieniu do warunku dotyczącego doświadczenia, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą składającym ofertę. Innymi słowy, ustawa Pzp wymaga bezpośredniego uczestnictwa w realizacji usługi przez podmiot, na którego zdolnościach polega dany wykonawca (por. wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2018 r. sygn. akt: KIO 2480/18, wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2018 r. sygn. akt: KIO 2677/17). Zauważyć również należy, iż mimo, że ustawodawca w art. 22a ust. 4 ustawy Pzp nie posługuje pojęciem "podwykonawca", to w praktyce udział podmiotu trzeciego udostępniającego wykonawcy określone wyżej zdolności najczęściej przybierze formę podwykonawstwa (por. wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2019 r. sygn. akt: KIO 2597/18 oraz wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2020 r. sygn. akt: KIO 98/20). Dostrzec trzeba, iż ocena przez zamawiającego realności udostępnienia wykonawcy niezbędnych zasobów następuje, w szczególności poprzez przedstawienie zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia”⁶.*

Szczególnie istotny w przedmiotowej sprawie jest wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 kwietnia 2019 r. Izba w ww. wyroku przyjęła, że *„ustawodawca, w art. 22a ust. 4*

⁵ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 maja 2018 r., sygn. akt KIO 908/18.

⁶ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 października 2020 r., sygn. akt: KIO 2163/20.

p.z.p. ustanowił obowiązek realizacji zamówienia przez podmiot udostępniający zasoby w postaci m.in. doświadczenia, w zakresie, w którym wykonawca ten, powołał się na zasoby podmiotu trzeciego. Nie można zatem uznać, iż podmiot wykazujący spełnienie warunku udziału w postępowaniu w całym wymaganym zakresie, będzie uczestniczył w realizacji tego zamówienia jedynie w pewnym, wybranym przez siebie zakresie, stanowiącym element a nie całość wykazywanego doświadczenia. W sytuacji, kiedy podmiot trzeci udostępnia swoje zasoby, polegające na wykazaniu doświadczenia stanowiącego warunek udziału w postępowaniu, podmiot ten zobowiązany jest do osobistego wykonania tej części zamówienia, która była objęta warunkiem udziału w postępowaniu. Taka okoliczność stanowi wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu”⁷.

Powyższej przytoczone wyroki zostały wydane na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, jednak zachowują swoją aktualność w odniesieniu do obecnie obowiązujących przepisów.

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że udział GMSYNERGY sp. z o.o. sp. j. w realizacji przedmiotowego zamówienia jest jedynie pozorny i ma za zadanie wyłącznie wykazanie spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Zarówno oświadczenie Wykonawcy Gandalf Travel, jak i przedłożone do oferty zobowiązania GMSYNERGY sp. z o.o. sp. j. do udostępnienia zasobów, nie potwierdzają, że podmiot udostępniający zasoby wykona usługi, do realizacji których udostępniane zdolności są wymagane.

Wykonawca w 100% polega na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby przy wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanych zdolności technicznych i zawodowych, a konkretniej w zakresie doświadczenia. Z oferty Wykonawcy wynika, że Wykonawca nie będzie korzystał z podwykonawców przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Natomiast z zobowiązań do udostępnienia zasobów GMSYNERGY sp. z o.o. sp. j. wynika, że podmiot ten będzie świadczył głównie nadzór nad prawidłową realizacją zamówienia.

Tym samym Wykonawca nie potwierdził, że realnie będzie dysponował potencjałem podmiotu trzeciego. Co w konsekwencji prowadzi do niepotwierdzenia, że Wykonawca spełnia warunki udziału w niniejszym postępowaniu. Ofertę Wykonawcy Gandalf Travel należy uznać za niezgodną z art. 118 ust. 2 Pzp.

Przyjąć należy, że w przedmiotowej sprawie nie zachodzi także podstawa do zastosowania art. 223 ust. 1 lub art. 128 ust. 4 Pzp. Na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp możliwe jest wyjaśnianie kwestii spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale przepis ten również ogranicza tę możliwość jedynie do złożenia wyjaśnień. „Wyjaśnienie” nie może zaś polegać na uzupełnianiu bądź dodawaniu nowej treści lub zmianie dotychczasowej, gdyż takie działania wykonawcy są dopuszczalne jedynie w trybie art. 128 ust. 1 Pzp. Tymczasem w

⁷ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 711/19.

niniejszej sprawie, „wyjaśnienie” zobowiązania podmiotu trzeciego, musiałyby się sprowadzać do dodania przez w treści zobowiązania nowego oświadczenia o tym, że podmiot zobowiązuje się także do wykonywania usług objętych zamówieniem, do których udostępniane doświadczenie jest wymagane. Tym samym „wyjaśnienie” to w istocie stanowiłoby uzupełnienie zobowiązania. Skoro, w przedmiotowej sprawie powtórzenie wezwania w oparciu o art. 128 ust. 1 Pzp jest niedopuszczalne, to dodanie przez wykonawcę nowego oświadczenia podmiotu trzeciego prowadziłoby do obejścia zasady jednokrotności wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Dlatego zastosowanie art. 128 ust. 4 Pzp po to, by w istocie pozwolić Wykonawcy Gandalf Travel na uzupełnienie zobowiązania podmiotu trzeciego o nową treść, jest w niniejszej sprawie niedopuszczalne⁸.

Natomiast na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp możliwe jest wyjaśnianie treści oferty, nie zaś kwestii spełniania warunków udziału w postępowaniu, przy czym wyjaśnianie nie może polegać na zmianie treści oferty, także poprzez jej uzupełnianie. Co ważne, za nieprawidłowe należy uznać także ewentualne wezwanie do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp, w zakresie skorzystania z podwykonawców przy realizacji przedmiotowego zamówienia, z uwagi na to, że wyjaśnianie treści oferty nie może polegać na zmianie treści oferty, także poprzez jej uzupełnianie.

Zgodnie z art. 462 ust. 2 Pzp, Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę, w ofercie, części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. Obowiązek wskazania przez wykonawców części zamówienia powierzanych podwykonawcom Zamawiający przewidział w treści SWZ, w rozdziale IX ust. 7 SWZ. Oświadczenie wykonawców w tym zakresie ma więc istotny charakter i powinno zostać dokonane na etapie składania ofert. Zmiana w tym zakresie winna być więc oceniana, jako powodująca istotną zmianę oferty. Niniejsze stanowisko potwierdza szerokie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 sierpnia 2016 r., oświadczenie co do tego, jakie części zamówienia wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy, a więc oświadczenie referujące do sposobu wykonania zamówienia, jest oświadczeniem, które nie tylko merytorycznie kształtuje treść oferty, ale ma również wpływ na proces badania oferty, chociażby w kontekście rażąco niskiej ceny - gdy dochodzi do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień i dowodów. Nie jest to więc oświadczenie o walorze jedynie informacyjnym⁹. **Oświadczenie co do podwykonawstwa nie ma waloru informacyjnego, ale stanowi istotny element oferty**, albowiem tak jak w przedmiotowej sytuacji udział podwykonawcy warunkuje możliwość spełniania warunków udziału w postępowaniu, a tym samym możliwość udzielenia zamówienia temu wykonawcy. Nie jest więc możliwe zastosowanie trybu z art. 223 ust. 1 Pzp, przewidzianego do wyjaśniania treści

⁸ por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 marca 2021 r., sygn. akt: KIO 442/21.

⁹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 sierpnia 2016 r., sygn. akt: KIO 1453/16 (Także Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2021 r., sygn. akt: KIO 1264/21).

oferty, do dokonywania zmiany czy też uzupełnienia oferty w zakresie udziału podwykonawcy w realizacji zamówienia, ponieważ ustalenia w takim zakresie mogą prowadzić do niedopuszczalnych negocjacji dotyczących oferty i prowadzące do nieuprawnionej zmiany jej treści¹⁰.

Ponieważ informacje te są „wymagane”, a nie możliwe do podania, to Zamawiający zgodnie z ustawą winien je egzekwować, stosując odpowiedni rygor. W tym przypadku należy uznać ofertę Wykonawcy Gandalf Travel jako niezgodną z warunkami zamówienia, a tym samym podlegającą odrzuceniu podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Ponadto, mając na uwadze powyższe okoliczności i treść art. 118 ust. 2 Pzp, oferta Wykonawcy Gandalf Travel podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp, z uwagi na to, że jest niezgodna z przepisami ustawy.

2. Niewskazanie ceny netto w formularzu ofertowym

Zgodnie z formularzem ofertowym złożonym przez Wykonawcę Gandalf Travel, Wykonawca w treści oferty nie wskazał w kolumnie „cena jednostkowa netto” żadnej wartości. Wykonawca w kolumnie tej wskazał jedynie sformułowanie „cena z VAT marża”. Z uwagi na powyższe, oferta Wykonawcy Gandalf Travel podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Niniejsze potwierdza Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z dnia 6 lipca 2020 r., w którym to Izba stwierdziła, że dopisanie cen jednostkowych netto jest istotną zmianą treści oferty, która pierwotnie nie zawierała elementów istotnych przedmiotowo, tzw. „essentialia negotii”. Dopisanie cen jednostkowych netto prowadziło zdaniem Izby do powstania nowej treści oferty, mimo że ceny brutto i stawka VAT były znane¹¹.

Powyższa nieprawidłowość w ofercie Wykonawcy nie może więc zostać uznana za omyłkę. W szczególności, z uwagi na fakt, że w ofercie nie wskazano stawki podatku VAT.

Z uwagi na powyższe, oferta Wykonawcy Gandalf Travel podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Na marginesie podkreślić należy brak odpowiednich uprawnień wykonywania działalności lub czynności objętych przedmiotem zamówienia przez Wykonawcę.

Zgodnie z rozdziałem II ust. 1 SWZ, *„Przedmiotem zamówienia jest wykonanie usługi pn. „Kompleksowa organizacja wyjazdowej misji gospodarczej lubuskich MŚP i samorządu polączonej z wizytą na targach EXPO 2020 w Dubaju” w terminie 20-27 lutego 2022 r.”.*

Przedmiot niniejszego zamówienia obejmuje więc działalność odpowiadającą kodowi PKD o numerze: 79.12.Z – Działalność organizatorów turystyki (podklasa ta obejmuje:

¹⁰ por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 marca 2016 r., sygn. akt: KIO 221/16.

¹¹ por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lipca 2020 r., sygn. akt: KIO 973/20.

organizowanie imprez turystycznych, włączając wycieczki turystyczne, z kompleksowym programem imprez, uwzględniające transport, zakwaterowanie, wyżywienie, zwiedzanie muzeów, miejsc historycznych, oglądanie widowisk teatralnych, muzycznych i sportowych).

Przedmiotowe zamówienie dotyczy więc **realizacji usługi imprezy turystycznej**. Zgodnie z art. 4 pkt 2 ustawy z dnia 24 listopada 2017 r. o imprezach turystycznych i powiązanych usługach turystycznych, przez imprezę turystyczną należy rozumieć połączenie co najmniej dwóch różnych rodzajów usług turystycznych na potrzeby tej samej podróży lub wakacji, spełniające warunki określone w ustawie. Ponadto, zgodnie z art. 4 pkt 1 ww. ustawy, przez usługi turystyczne należy rozumieć przewóz pasażerów; zakwaterowanie w celach innych niż pobytowe, które nie jest nieodłącznym elementem przewoży pasażerów; wynajem pojazdów samochodowych lub innych pojazdów silnikowych; inną usługę świadczoną podróżnym, która nie stanowi integralnej części usług wskazanych powyżej.

Co istotne, zgodnie z art. 22 ust. 1 i 2 ww. ustawy, działalność w zakresie organizowania imprez turystycznych oraz ułatwiania nabywania powiązanych usług turystycznych jest regulowaną działalnością gospodarczą, tzn. znajduje się pod specjalnym nadzorem państwa i wymaga od przedsiębiorców spełniania w trakcie jej prowadzenia wymogów finansowych. Wymogi te dotyczą przede wszystkim zapewnienia bezpieczeństwa klientom biura na wypadek niewypłacalności firmy poprzez różne formy zabezpieczeń finansowych na pokrycie kosztów kontynuacji imprezy turystycznej, powrotu z imprezy turystycznej przerwanej lub zwrotu wpłat lub części wpłat wniesionych za imprezy niezrealizowane. Działalność ta wymaga więc uzyskania wpisu do rejestru organizatorów turystyki i przedsiębiorców ułatwiających nabywania powiązanych usług turystycznych. **Wpis do rejestru stanowi w Polsce podstawę do podjęcia legalnej działalności w zakresie organizacji imprez turystycznych.**

Minister właściwy do spraw turystyki na stronie internetowej obsługującego go urzędu udostępnia Centralną Ewidencję Organizatorów Turystyki i Przedsiębiorców Ułatwiających Nabywanie Powiązanych Usług Turystycznych, którą prowadzi Ubezpieczeniowy Fundusz Gwarancyjny (adres strony internetowej: <http://ewidencja.ufg.pl>). Wykonawca Gandalf Travel nie posiada wpisu w powyższej ewidencji.

W związku z powyższym, Wykonawca Gandalf Travel nie posiada uprawnień do wykonywania działalności lub czynności objętych przedmiotem zamówienia, co potwierdza brak odpowiedniego kodu PKD ujawnionego w rejestrze CEIDG oraz brak wpisu działalności regulowanej.

Mając na uwadze powyższe wnoszę o **uwzględnienie odwołania w całości**.

Załączniki:

- wydruk z CIKRS Cristal Travelnet sp. z o.o.,
- pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej,
- dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
- dowód przekazania odwołania Zamawiającemu.