

**WYROK**  
z dnia 28 marca 2018 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:     Andrzej Niwicki**

**Protokolant:         Rafał Komoń**

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 27 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2018 r. przez wykonawcę **GWS Group Sp. z o.o., ul. Glinki 146/218, 85-861 Bydgoszcz** w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowe Muzeum Morskie w Gdańsku, ul. Ołowianka 9-13, 80-751 Gdańsk**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) DGP Clean Partner Sp. z o.o., (2) PU GOS-ZEC Sp. z o. o., (3) Seban Sp. z o. o., (4) 4 OP Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Najświętszej Marii Panny 5e, 59-220 Legnica** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego i nakazuje przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert z udziałem oferty złożonej przez odwołującego.
2. kosztami postępowania obciąża **Narodowe Muzeum Morskie w Gdańsku** i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **GWS Group Sp. z o.o., ul. Glinki 146/218, 85-861 Bydgoszcz** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Narodowego Muzeum Morskiego w Gdańsku** na rzecz wykonawcy **GWS Group Sp. z o.o., ul. Glinki 146/218, 85-861 Bydgoszcz** kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu uiszczonego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający - Narodowe Muzeum Morskie w Gdańsku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie na rzecz Zamawiającego usług sprzątanía pomieszczeń budynku Ośrodka Kultury Morskiej oraz Żurawia dla Narodowego Muzeum Morskiego w Gdańsku oraz otoczenia budynku pod nazwą „Świadczenie usług sprzątanía pomieszczeń Ośrodka Kultury Morskiej oraz Żurawia dla Narodowego Muzeum Morskiego w Gdańsku oraz otoczenia budynku”, numer referencyjny sprawy: ZP/27-3/PN/2018. Numer ogłoszenia w BZP: 513675-N-2018 dnia 2 lutego 2018 r.

Wartość zamówienia nie przekracza 219.000,00 euro.

Zamówienie swoim zakresem obejmuje między innymi: codzienne sprzątanie i utrzymanie czystości w budynku Ośrodka Kultury Morskiej zgodnie z tabelą nr 1 części III SIWZ. mycie z zewnątrz okien, szkła elewacyjnego i drzwi zewnętrznych na poziomie parteru zgodnie z tabelą nr 2 części III SIWZ. mycie szklanych ścianek i szklanych drzwi wewnętrznych w strefach komunikacji wewnętrznej zgodnie z tabelą nr 3 części III SIWZ. zapewnienie dyżuru serwisu sprzątającego w godzinach udostępniania Muzeum zwiedzającym (całodzienny dyżur), polegającego na stałej kontroli węzłów sanitarnych, pracach dorywczych takich jak: sprzątanie bieżących zabrudzeń, kontroli terenu zewnętrznego oraz innych prac jakie są potrzebne w godzinach otwarcia placówki. codzienne sprzątanie otoczenia budynków-chodniki, o łącznej powierzchni ok. 885m<sup>2</sup> (w tym odśnieżanie), prace okresowe w tym: mycie okien, mycie elewacji szklano-aluminiowych i innych przeszkleń zewnętrznych (w tym prace tzw. alpinistyczne), odśnieżenie dachu, odkurzenie eksponatów w holu, konserwacja posadzek olejowanych, czyszczenie krzeseł tapicerowanych; uzupełnianie w ramach ceny za wykonanie zamówienia papieru toaletowego, ręczników papierowych, mydła o jakości przynajmniej średniej i przyjemnym zapachu oraz płynu do mycia naczyń w dozownikach, zapewnienie niezbędnych środków i artykułów higieniczno-sanitarnych oraz innych środków i preparatów niezbędnych do należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Odwołujący - GWS Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy wniósł odwołanie od czynności zamawiającego zarzucając, że Zamawiający swoim zachowaniem, polegającym na:

1. Wezwaniu w dniu 28 lutego 2018 roku odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, przez wskazanie w jaki sposób utrzymanie otoczenia ma stanowić 60% rzeczywistego

wynagrodzenia ryczałtowego netto wskazanego w ofercie, przy uwzględnieniu zakresu i częstotliwości czynności odnoszących się do utrzymania czystości wewnątrz i na zewnątrz budynków wynikających ze Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, gdy w piśmie z 15 lutego 2018 r. odwołujący przedstawił sposób kalkulacji wynagrodzenia za czynności utrzymania czystości wewnątrz, uchybił przepisom ustawy pzp, to jest art. 87 ust. 1 pzp;

2. Odrzuceniu w dniu 9 marca 2018 roku oferty odwołującego, rozstrzygnięciu przetargu oraz wyborze oferty innego niż odwołujący podmiotu, gdy oferta odwołującego miała najniższą cenę i równy pozostałym podmiotom termin płatności wynoszący trzydzieści dni, uchybił przepisom ustawy pzp, art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: uznk) oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp a contrario w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk a contrario.

Z uwagi na powyższe odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności zamawiającego w postaci:
  - wyboru oferty najkorzystniejszej; oraz
  - odrzucenia oferty odwołującego; a także
- b) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego i wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Oferty oceniano według dwóch kryteriów, to jest ceny, gdzie waga oceny została określona na 60%, oraz terminu płatności, gdzie waga oceny została określona na 40%. Przy tym w Rozdziale VIII IDW dookreślono, że od wykonawcy wymaga się, pod rygorem odrzucenia oferty, określenia ceny brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia, zawierającej cenę netto i należny podatek VAT. Oferowana cena oferty musi obejmować wszystkie koszty z uwzględnieniem akcyzy, podatku od towarów i usług VAT, innych opłat i podatków, opłat celnych oraz ewentualnych upustów i rabatów.

Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu gdzie na stronie 1 wskazał cenę jednostkową za miesiąc netto w kwocie 15.000,00 zł, w tym 6.000,00 zł za sprzątnięcie pomieszczeń oraz 9.000,00 zł netto za utrzymanie otoczenia. Odpowiednio wartość netto za cały okres świadczenia usług 150.000,00 zł, w tym 60.000,00 zł za sprzątnięcie pomieszczeń oraz 90.000,00 zł netto za utrzymanie otoczenia. Stawkę VAT podano w wielkości 23% dla sprzątnięcia wewnątrz oraz 8% dla utrzymania otoczenia. Wynagrodzenie brutto za całość usług 171.000,00 zł, w tym 73.800,00 zł za sprzątnięcie pomieszczeń oraz 97.200,00 zł netto za utrzymanie otoczenia.

Wszystkie oferty obejmowały tożsamy termin płatności wynoszący trzydzieści dni. Oferta odwołującego obejmowała najniższą kwotę wynagrodzenia brutto za wykonanie czynności

objętych zamówieniem. Jest niższa od oferty złożonej przez Konsorcjum, którą zamawiający wskazał jako najkorzystniejszą o około 1,9%, a od kolejnej oferty o 4,1%.

Zamawiający pismem z 14 lutego 2018 r., na podstawie art. 90 pzp wezwał odwołującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Wezwano odwołującego do wskazania, w jaki sposób zawartą w ofercie kwotę wynagrodzenia brutto ukształtowały płace, przy uwzględnieniu wymogu dochowania wysokości przynajmniej minimalnego wynagrodzenia, wartości usług alpinistycznych, jak również innych czynników, w szczególności: dostaw środków czystości, oszczędności metody wykonania zamówienia, rozwiązań technicznych, czy wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia. Odwołujący udzielił odpowiedzi na wezwanie wskazując na sposób obliczenia wynagrodzenia. Wskazano przy tym, że odwołujący zakłada marżę w kwocie 69.242,52 zł. Podniesiono przy tym szczególnie sprzyjającą okoliczność, którą jest świadczenie przez odwołującego analogicznych usług w budynku w sąsiedztwie budynku, w którym miałyby być świadczone usługi objęte przedmiotowym zamówieniem.

Kolejno pismem z 28 lutego 2018 roku zamawiający na podstawie przepisu art. 87 pzp wezwał odwołującego wyjaśnienia formularza ofertowego. Zażądał od odwołującego, aby odwołujący wyłuszczył, w jaki sposób utrzymanie otoczenia, które według optyki zamawiającego stanowi mniejszy fragment obowiązków wykonawcy, ma stanowić 60% wynagrodzenia ryczałtowego netto wskazanego w ofercie, gdy według wywodów zamawiającego, największe obciążenie dla wykonawcy miałyby stanowić sprzątanie wewnątrz. Odwołujący pismem z 1 marca 2018 r. wyjaśnił, jak skalkulowano ofertę, przytaczając precyzyjnie wielkości uwzględnione w ofercie w szczególności na świadczenie usług sprzątania wewnątrz, z uwzględnieniem marży w kwocie nieco ponad 1.500,00 zł.

W dniu 9 marca 2018 roku zamawiający powiadomił odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu oferty odwołującego. Jako przyczynę odrzucenia oferty odwołującego wskazano przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk. Wg pisma z 9 marca 2018 r. zastosowane przez odwołującego stawki podatku od towarów i usług VAT nie budzą wątpliwości. Zamawiający zakwestionował jednak podział wynagrodzenia na części w taki sposób, że większa część wynagrodzenia podlegałaby opodatkowaniu stawką 8%. Podział wynagrodzenia w sposób dokonany przez odwołującego polegający na przyjęciu, że 90.000,00 zł wynagrodzenia netto miałyby przypadać na utrzymanie otoczenia, a 60.000,00 zł wynagrodzenia netto miałyby przypadać na utrzymanie czystości w budynkach, miałyby być arbitralne, nieproporcjonalne i miałyby nie uwzględniać w sposób proporcjonalny zakresu obowiązków wewnątrz budynków. Takie działanie miałyby naruszać dobre obyczaje oraz uzasadniony interes zamawiającego, a także wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zaznaczono też, że przedstawione w ofercie

odwołującego zróżnicowanie opodatkowania nie ma nic wspólnego z zarzutem rażąco niskiej ceny. Dalej podniesiono, że zamawiający w 100% odzyskuje podatek od towarów i usług VAT. A środki publiczne muszą być wydatkowane przez zamawiającego zgodnie z przepisami prawa budżetowego i podatkowego. Przyjęcie oferty odwołującego, które miałyby być czynem nieuczciwej konkurencji, miałyby pozbawiać zamawiającego możliwości odliczenia podatku od towarów i usług z faktur kosztowych wypływających z takiego zobowiązania.

Odwołujący podnosi, że czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu jego oferty, a także wyborze innej oferty, została podjęta z naruszeniem przepisów ustawy pzp. Naruszenie to polega na odrzuceniu oferty, z uwagi na to, że jej złożenie miałyby być czynem nieuczciwej konkurencji, gdy brak jest podstaw do takiej kwalifikacji oferty odwołującego. W sytuacji, gdy zamawiający doszedł do przekonania, że oferta odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny, a tak wynika z pism zamawiającego z dnia 9 marca 2018, nie było podstaw do żądania pismem z 28 lutego 2018 od odwołującego wyjaśnienia treści oferty. Jak już bowiem odwołujący wyłuszczył w pismach z 15 lutego 2018 i 1 marca 2018, wykonawca nie ma obowiązku wykazania rentowności w każdym szczegółowym elemencie kosztu realizacji zamówienia. Pojęcie rażąco niskiej ceny może być zatem odnoszone do ceny całkowitej oferty. Czynność zamawiającego z 28 lutego 2018 roku była sprzeczna z art. 87 ust. 1 pzp. Tym bardziej, że w piśmie z 15 lutego 2018 r. odwołujący przytoczył kalkulację swojej oferty.

Chybiona jest argumentacja zamawiającego, według której złożenie przez odwołującego oferty miałyby być czynem nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ułomność tej argumentacji wynika już z niespójności stanowiska zamawiającego wyłuszczonego w pismach z 9 marca 2018 roku. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp odsyła do przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W pismach z 9 marca 2018 r. zamawiający odwołał się do przepisu art. 3 ust. 1 uznk, według którego czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Według przywołanej już argumentacji zamawiającego w przypadku oferty odwołującego nie jest kwestionowane zróżnicowanie stawki podatku od towarów i usług, ani to, że oferta odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny. Już samo to sprawia, że złożenie przez odwołującego oferty nie można poczytać za czyn nieuczciwej konkurencji.

Nie może być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji skalkulowanie niższego zysku w części opodatkowanej stawką podatku VAT w wysokości 23%, a wyższego zysku w części opodatkowanej stawką podatku VAT w wysokości 8%. Skoro wykonawcy są uprawnieni do swobodnego kalkulowania swych zysków, to działanie zgodne z ich uprawnieniem nie może

stanowić podstawy do stwierdzenia naruszenia przez nich przepisów prawa. W sytuacji, gdy cena składowa podana przez odwołującego za utrzymanie czystości wewnątrz nie jest rażąco niska, to nierównomierne rozłożenie zysku, nie jest czynem nieuczciwej konkurencji (KIO 2588/17).

Stąd wyżej wskazano na ułomność stanowiska zamawiającego oraz jego wewnętrzną niespójność. Skoro zamawiający stanął na stanowisku, że podana przez skarżącego cena nie jest rażąco niska, a żądanie z 28 lutego 2018 wyjaśnienia treści oferty nie dotyczyło rażąco niskiej ceny, to nie można przypisać złożeniu przez odwołującego oferty charakteru czynu nieuczciwej konkurencji. Aby możliwa była taka kwalifikacja niezbędne byłoby wykazania zaniżenia ceny przez odwołującego, o czym mowa w przepisie art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, co nie miało miejsca. Jednak w takim przypadku zaktualizowałaby się samodzielna przesłanka z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 uzp. A jak już podnoszono, zamawiający *expressis verbis* wskazał, że nie zachodzi przypadek rażąco niskiej ceny. Zatem doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp a contrario w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk a contrario.

Ułomność stanowiska zamawiającego i jego niespójność, a nawet wewnętrzna sprzeczność wynika również z tego, jakoby w jakikolwiek sposób miał zostać naruszony interes zamawiającego jako klienta. Zamawiający podniósł, że nie budzi wątpliwości zróżnicowanie stawki podatku od towarów i usług VAT za utrzymanie czystości wewnątrz oraz otrzymanie porządku na zewnątrz. W dalszej kolejności podniósł jednak, że zróżnicowanie i brak proporcji między tymi częściami miałyby skutkować zaniżeniem zwrotu podatku od towarów i usług. Taka argumentacja nie bierze jednak pod uwagę, że uprzednio zamawiający mniej zapłacił za wykonanie usługi. Zatem zmniejszenie zwrotu wynikać będzie ze zmniejszenia środków wydatkowanych na zapłacenie wynagrodzenia w części przypadającej na doliczony podatek od towarów i usług. Przy tym, skoro sam zamawiający wskazał w pismach z dnia 9 marca 2018 roku, że zróżnicowanie stawki podatku nie budzi wątpliwości, to nieracjonalne, sprzeczne z tym stanowiskiem jest twierdzenie, jakoby miało to rzutować na możliwość odzyskania przez zamawiającego podatku od towarów i usług. Skoro zróżnicowanie stawki nie budzi wątpliwości, natomiast skalkulowanie mniejszego zysku z części opodatkowanej podatkiem w stawce 23% i większego zysku z części opodatkowanego podatkiem w stawce 8%, nie jest czynem nieuczciwej konkurencji, to brak jest podstaw do kwestionowania możliwości odzyskania przez zamawiającego podatku będącego składową wynagrodzenia płatnego na rzecz wykonawcy.

Poczynione rozważania prowadzą do wniosku, że zamawiający swoim zachowaniem polegającym na odrzuceniu oferty odwołującego i wyborze oferty innego wykonawcy, naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk. Jak wykazano, nie doszło do czynu nieuczciwej konkurencji przez złożenie przez odwołującego oferty z nierównomiernie

skalkulowanym zyskiem pomiędzy jednym rodzajem usług a drugim. Nie może bowiem być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji skalkulowanie niższego zysku w części opodatkowanej stawką podatku VAT w wysokości 23%, a wyższego zysku w części opodatkowanej stawką podatku VAT w wysokości 8% (por. wyrok KIO 2588/17). Biorąc pod uwagę to, że nie zaistniały podstawy do odrzucenia oferty odwołującego, z naruszeniem wymienionych przepisów pzp i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zamawiający wybrał ofertę innego podmiotu jako najkorzystniejszą. Oznacza to, że naruszenie przepisów wskazanych w zarzutach wręcz determinowało wynik postępowania, gdyż doprowadziło do odrzucenia oferty odwołującego i wyboru jako najkorzystniejszej oferty innego podmiotu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Wskazał, że wyjaśnienia odwołującego z 1 marca 2018 r. mające rozwiewać wątpliwości zamawiającego w zakresie realności 60% nakładów w ramach czynności objętych obniżoną stawką VAT przy uwzględnieniu zakresu i częstotliwości czynności odnoszących się do utrzymania czystości wewnątrz i na zewnątrz budynków nie zawierały żadnego wyjaśnienia takiego podziału w formularzu ofertowym. Wykonawca kontynuując swoją argumentację przeciw kwalifikacji swojej oferty jako rażąco niskiej pod względem ceny jedynie rozbudowa argumentację dotyczącą ceny, nie odniósł się do wątpliwości zamawiającego. Przedstawienie elementów cenotwórczych nie odnosi się do zapytania zamawiającego, gdyż nie pokazuje w jaki sposób wykonawca odnosi wynagrodzenie do rodzaju i zakresu prac w zakresie sprzątania wewnątrz budynków oraz na zewnątrz.

Zamawiający stwierdził, że w kalkulacji złożonej w piśmie z 15 lutego 2018 r. w ramach wyjaśnień ceny nie ma jakiegokolwiek wyjaśnienia, w jaki sposób odwołujący dokonał podziału wynagrodzenia na sprzątanie wewnątrz oraz na zewnątrz budynku, do czego wzywał zamawiający. Zamiast odpowiedzi na wezwanie zamawiający otrzymał uszczegółowienie ceny ofertowej.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowiącego podstawę odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający wskazał, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Regulacja ta, poza spełnianiem funkcji korygującej i uzupełniającej na gruncie przepisów znku, stanowi również definicję uniwersalnej postaci czynu nieuczciwej konkurencji, umożliwiającą na jej podstawie uznawanie zachowań nienazwanych (niestypizowanych) w dalszych przepisach znku za nieuczciwie naruszające konkurencję. Na podstawie przepisu można uznać za czyn nieuczciwej konkurencji każde sprzeczne sprawę lub dobrymi obyczajami zachowanie przedsiębiorcy zagrażające interesowi innego przedsiębiorcy lub zamawiającego.

Wbrew twierdzeniom wykonawcy kwestia sporu nie jest granica określenia zysków przez przedsiębiorcę, lecz określenie cen usług zgodnie z ich wartością, adekwatnie do przedmiotu i zakresu zamówienia tak aby nie dochodziło do sztucznego, nieznajdującego odzwierciedlenia w zakresie obowiązków określonych w siwz ani treści przepisów objęcia większej części wartości zamówienia niższym podatkiem, obniżenie ceny i zyskania przez to lepszej pozycji konkurencyjnej w postępowaniu. Takie zachowanie godzi w interesy innych wykonawców i zamawiającego.

W zaistniałej sytuacji w ofercie wykonawcy, przy braku wyjaśnień dotyczących sedna wątpliwości zamawiającego i realnych skutkach zobowiązania na podstawie przedstawionej oferty, zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy z uwagi na czyn nieuczciwej konkurencji.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania wskazał, że w opisie przedmiotu zamówienia zamawiający określił swoje wymagania w zakresie ilości pracowników i godzin ich pracy. Przedstawił niezbędną liczbę pracowników, wymiar czasu pracy i przewidywane koszty wykonania całości przedmiotu zamówienia.

Stwierdził, że w ofercie odwołującego doszło do alokacji kosztów pomiędzy poszczególnymi usługami poprzez przeniesienie realnej wyceny składników zamówienia (usługi wewnątrz budynków) do innej pozycji wyceny (usługi na zewnątrz budynków) tj. do części objętej stawką podatku VAT 8%. Z wyjaśnień odwołującego wnioskuje, że pracownicy skalkulowani do pracy na zewnątrz budynków będą wykonywali usługi wewnątrz budynku, czyli odwołujący z góry zakłada taką organizację pracy, gdzie usługa wewnątrz budynku będzie finansowana częściowo z pozycji kosztowej dla usługi na zewnątrz budynków. Zabieg taki ma przełożenie na wysokość ceny za całość usługi z uwagi na różne stawki podatku VAT.

W ostatecznym rozrachunku przystępujący uznaje, że cena odwołującego nie jest wystarczająca do pokrycia kosztów wykonania usługi utrzymania pomieszczeń wewnątrz budynków, a to oznacza, iż część kosztów realizacji tej usługi została prawdopodobnie alokowana do pozycji kosztowych usługi utrzymania czystości na zewnątrz.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację postępowania, na którą w szczególności składają się postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta wybranego wykonawcy, jak również stanowiska stron przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje. Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp; zakres zarzutów, w sytuacji ich

potwierdzenia się, wskazałby na możliwość uzyskania zamówienia i jego realizacji, a tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody w sytuacji udzielenia zamówienia konkurującemu wykonawcy.

W ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał zasadność podniesionego zarzutu, których istotą jest stwierdzenie naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp.

W sprawie niesporne jest, że zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające odnoszące się do treści oferty złożonej przez odwołującego, pierwotnie w zakresie wysokości ceny, na podstawie art. 90 ustawy pzp ze wskazaniem, iż w ofercie zaoferowano 60 000 zł netto za wykonanie sprzątnięcia pomieszczeń przy równoczesnym zaoferowaniu kwoty 90 000 zł netto za sprzątnięcie otoczenia budynku. W piśmie z dnia 14 lutego 2018 r. zamawiający wskazał na rygor uznania oferty za rażąco niską na podstawie art. 90 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp w razie nieuzyskania wyczerpujących wyjaśnień.

Po otrzymaniu wyjaśnień zawartych w piśmie odwołującego z dnia 15 lutego 2018 r. zamawiający wezwał (pismo z dnia 28 lutego 2018 r.) wykonawcę „do wyjaśnienia formularza ofertowego, zgodnie z art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych”. Uzasadniając wezwanie zamawiający zażądał przedstawienia uzasadnienia, w jaki sposób utrzymanie otoczenia obejmujące, zgodnie z Szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia (sopz) sprzątnięcie zewnętrzne obejmujące: prace okresowe w zakresie mycia szkła elewacyjnego, mycia elewacji szklano-aluminiowej i innych przeszkleń zewnętrznych, odśnieżanie dachu oraz sprzątnięcie zewnętrzne wskazane w sekcji III sopz ma stanowić 60% rzeczywistego wynagrodzenia ryczałtowego netto wskazanego ofercie – przy uwzględnieniu zakresu i częstotliwości czynności odnoszących się do utrzymania czystości wewnątrz i na zewnątrz budynków wynikających z sopz. Zamawiający wskazał także w piśmie, że wskazane obowiązki dot. sprzątnięcia zewnętrznego stanowią z punktu widzenia technicznego, mniejszy fragment obowiązków Wykonawcy, gdzie największe obciążenie stanowi sprzątnięcie wewnętrzne. Zauważył również, że rozkład ceny zaproponowany przez wykonawcę polega na przesunięciu większości kosztów realizacji zamówienia na tę część ceny, która związana jest z utrzymaniem terenów zewnętrznych i jest opodatkowana 8% stawką VAT i tym samym daje możliwość wykonawcy do zaoferowania niższej ceny brutto bez odzwierciedlenia w realnym nakładzie pracy jak zostałby powierzony wykonawcy po udzieleniu zamówienia publicznego.

W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca zakwestionował zasadność żądania zamawiającego co do treści i zakresu wskazując na prawo żądania wyjaśnień dotyczących ceny oferty w trybie art. 90 ustawy pzp. Stwierdził, że ocenie w tym zakresie podlega cena oferty, a nie poszczególnych elementów kosztu realizacji zamówienia i składników

cenotwórczych. Wskazując na orzecznictwo w tym zakresie przedstawił także tabelę zawierającą zestawienie kosztów wykonania zamówienia dla pomieszczeń wewnątrz budynku z omówieniem elementów kosztotwórczych.

Jak z powyższego wynika wykonawca przedstawił uproszczoną kalkulację usługi świadczonej wewnątrz budynku i nie formułując przy tym odrębnego stanowiska dotyczącego procentowej i kwotowej relacji cen usług opisanych w formularzu ofertowym jako usługi świadczone wewnątrz budynków i na zewnątrz z przypisaną im konkretną stawką podatku od towarów i usług.

W rozpoznawanej sprawie niesporne jest, że odrzucenie oferty odwołującego nastąpiło na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Jak stwierdził zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty, nie budziły wątpliwości wskazane w ofercie stawki VAT, natomiast podział wynagrodzenia w sposób w jaki dokonał tego wykonawca był arbitralny i mający na celu sztuczne zniżenie ceny sprzątnia otoczenia zewnętrznego w celu przyporządkowania większej części wynagrodzenia 8% stawce podatku VAT.

Sposób podziału wynagrodzenia, jak wskazano w dalszej części uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty był nieproporcjonalny do opisu przedmiotu zamówienia i miał na celu kwalifikowanie większej części kosztów w ramach ceny objętej 8% stawką VAT. Podział wynagrodzenia zastosowany przez wykonawcę nie uwzględnia w sposób proporcjonalny zakresu obowiązków dotyczących sprzątnia wewnątrz budynków i codziennego utrzymania ich czystości zawartych w sopz. Dokonany podział wynagrodzenia stanowi dodatkowo nieuprawnione obniżenie ceny oferty poprzez kwalifikowanie większej części kosztów do wynagrodzenia objętego 8% stawką VAT. Działanie to narusza dobre obyczaje, interes zamawiającego a także innych wykonawców.

Zamawiający wskazał także na negatywny dla niego skutek w postaci zniżenia jego wpływów z urzędu skarbowego z tytułu zwrotu podatku VAT.

Skład orzekający stwierdza, że dla rozpatrywanej sprawy okoliczność wskazana w zdaniu poprzednim jest prawnie obojętna, indyferentna i pozostaje bez związku z oceną zarzutów odwołania określających granice rozpoznania.

Rozważania, czy zaoferowana cena nosi znamiona rażąco niskiej również nie mają znaczenia w sprawie, jako że w wyniku wyjaśnień wykonawcy zamawiający nie przedstawił w tym zakresie oceny niekorzystnej dla odwołującego. Należy jednak przypomnieć, że w obowiązującym stanie prawnym co do zasady w zakresie rażąco niskiej ceny ocenia się cenę oferty, jednakże ceny składowe czy ceny jednostkowe mogą być badane w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji kiedy mogą zaważyć na należyтым wykonaniu przyszłej

umowy. Regulację dot. rażąco niskiej ceny mają na celu zabezpieczenie zamawiającego, przed koniecznością zawierania umowy z wykonawcą oferującym cenę na tyle niską, iż wątpliwym wydaje się, że wykonawca ten wykona umowę, ewentualnie, iż wykona ją należycie.

Nie jest przy tym wykluczona możliwość popełniania przez danego wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie cen składowych i ich wzajemnej relacji, co stanowi w istocie przedmiot sporu w sprawie niniejszej.

W przedmiotowej sprawie zamawiający nie kwestionował całościowej ceny oferty odwołującego, zarzucał tylko i wyłącznie rozkład ceny, który nazwał zamiennie podziałem wynagrodzenia, określającym wzajemną proporcje dwóch cen składowych na dwa rodzaje usług, z których każda objęta jest inną stawką podatku od towarów i usług (VAT) w zakresie usługi dla terenów wewnętrznych opodatkowanych stawką podatku 23% VAT oraz zewnętrznych podlegających stawce 8%. Dla tych ostatnich wykonawca przyjął nadmierną i nieproporcjonalnie wysoką kwotę wynagrodzenia, co stwierdził zamawiający w toku badania oferty, jak i w decyzji o odrzuceniu oferty.

W ocenie składu orzekającego zamawiający jakkolwiek sygnalizował i stwierdził, iż złożenie oferty przez odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji wyrażający się naruszeniem dobrych obyczajów i zapewne uchybia interesom zamawiającego oraz innych potencjalnych wykonawców, przedmiotowej okoliczności nie tylko nie udowodnił, lecz także nie wykazał. Należy zauważyć, że zarówno w powołanym piśmie z wezwaniem do złożenia wyjaśnień, jak i w decyzji o odrzuceniu oferty zamawiający posłużył się nieprecyzyjnym stwierdzeniem o braku odpowiednich proporcji kosztów i wynagrodzeń w poszczególnych częściach zamówienia ze skutkiem w postaci wadliwego „rozkładu ceny i przesunięcia większości środków na utrzymanie terenu” oraz nie uwzględnieniem w sposób proporcjonalny zakresu obowiązków dotyczących sprzątnięcia wewnątrz budynków.

W tym miejscu należy zauważyć, że wycena kwotowa prac w części wyżej wskazanej nie była kwestionowana. Ponadto pomimo ogólnego odesłania do opisu przedmiotu zamówienia i stwierdzenia, że nakład i koszt pracy w obszarze terenów wewnętrznych powinien być większy w stosunku do zewnętrznych, zamawiający nie określił, w jakim wiarygodnym zakresie proporcje byłyby realne i od jakiej wielkości odbiegającej od oczekiwanych proporcji zasadne byłoby uznanie, iż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji przy zaistnieniu którejkolwiek przesłanki z art. 3 ust. 1 znku.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż odwołanie należało uwzględnić i na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.). Na rzecz odwołującego nie zasądzone wynagrodzenia pełnomocnika z tytułu zastępstwa procesowego wobec braku stosownego rachunku wymaganego przepisami rozporządzenia wskazanego w zdaniu poprzedzającym.

**Przewodniczący:** .....