

Sygn. akt: KIO 183/18

**WYROK**

**z dnia 14 lutego 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Danuta Dziubińska**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lutego 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **BPM Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Różana 5, 32-087 Zielonki oraz MEGALIT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Jana Brzechwy 17/2, 31-478 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Nowohucka 1, 31-580 Kraków**

przy udziale wykonawców prowadzących działalność gospodarczą: B. Ź., K. Ź. KATEL s.c., ul. Druhny Hanki 8/1, 30-427 Kraków zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BPM Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz MEGALIT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BPM Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz MEGALIT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BPM Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz MEGALIT spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** w Krakowie kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, postępowanie o zamówienie publiczne pod nazwą „Utrzymanie ekranów, obiektów inżynierskich, pomników, miejsc pamięci narodowej i innych powierzchni na terenie Miasta Krakowa w zakresie mycia i usuwania graffiti”. Wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 grudnia 2017 r., numer 629327-N-2017. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 25 stycznia 2018 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez KATEL s.c. K. Ż., B. Ż. (dalej: „KATEL s.c.”) oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawców wspólnie biegających się o zamówienie: BPM Group sp. z o.o. z siedzibą w Zielonkach oraz MEGALIT sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

W dniu 30 stycznia 2018 r. wykonawca - konsorcjum: BPM Group sp. z o.o. oraz MEGALIT sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”), wniósł odwołanie wobec odrzucenia jego oferty oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez KATEL s.c., zarzucając Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego na tej podstawie,
- 2) naruszenie art. 7 w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie treści oferty w zakresie sposobu obliczenia ceny,
- 3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w stosunku do wykonawcy KATEL s.c., mimo że oferta złożona przez tego wykonawcę zawiera rażąco niską cenę,
- 4) naruszenie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania mimo, że wykonawca KATEL s.c. złożył wyjaśnienia potwierdzające, że istotne części składowe ceny stanowią rażąco niską cenę,
- 5) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania mimo, że oferta złożona przez wykonawcę KATEL s.c. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

co skutkowało zaniechaniem wyboru złożonej przez Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej oraz zaniechaniem odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę KATEL s.c. Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym oceny oferty Odwołującego,
- 2) dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.
- 3) odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę KATEL s.c.,

oraz

- 4) o przeprowadzenie wskazanych w odwołaniu dowodów,
- 5) o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów reprezentacji przez pełnomocnika w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Wykazując interes prawny w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej Odwołujący podał, iż na skutek niesłusznego odrzucenia złożonej przez niego oferty zamiast jej wyboru jako najkorzystniejszej, został on pozbawiony możliwości wykonania zamówienia. W ocenie Odwołującego jego oferta jest prawidłowa, spełnia wszystkie wymogi wskazane w SIWZ i stanowi ofertę ekonomicznie najkorzystniejszą. Jednocześnie interes Odwołującego w złożeniu odwołania odnosi się do konieczności stwierdzenia, że oferta złożona przez wykonawcę KATEL s.c. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, jako oferta, w której istotne części zamówienia zawierają rażąco niską cenę.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący podał, iż w przedmiotowym postępowaniu cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert. Cena brutto złożonej przez niego oferty wynosi 632 550,00 zł, zaś cena oferty KATEL s.c. wynosi 706 750,00 zł. Pismem z dnia 25 stycznia 2018 r. został zawiadomiony o odrzuceniu przez Zamawiającego jego oferty z powodu błędu w obliczeniu ceny oferty, w związku z czym, w dniu 26 stycznia 2018 r. złożył wniosek o udostępnienie mu dokumentacji postępowania. Zamawiający pismem z dnia 29 stycznia 2018 r. poinformował go, że wgląd w dokumenty będzie możliwy w dniu 31 stycznia 2018 r., a więc po upływie terminu na złożenie odwołania. Z uwagi na to, iż na dzień wniesienia odwołania nie miał możliwości zapoznania się z przebiegiem oceny ofert dokonanej przez Zamawiającego, Odwołujący zastrzegł sobie możliwość złożenia dalszych pism.

W ocenie Odwołującego Zamawiający w sposób wadliwy dokonał oceny jego oferty i niesłusznie uznał, że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny, skutkiem czego bezzasadnie zastosował art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp. Odwołujący podał, iż w treści uzasadnienia zawartego w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, Zamawiający zasugerował, że

Odwołujący winien "rozpisać cenę ofertową" i "nadwyżkę" powyżej kwoty wolnej od podatku obliczyć z zastosowaniem właściwej stawki podatku VAT. Zdaniem Odwołującego nie sposób się zgodzić z takim stanowiskiem, ponieważ formularz kalkulacji ceny oferty zawiera pozycję "cena wykonania szacunkowej ilości prac [brutto]" i nie ma w nim miejsca na to, aby Wykonawca wskazywał wysokość podatku, Zamawiający również nie oczekiwał od wykonawców, aby taką informację zawierali. Nadto sam Zamawiający wskazuje, że założona w formularzu ilość pracy ma charakter "szacunkowy", a zatem złożenie oferty wskazującej, że od - przykładowo - 851 m<sup>2</sup> usuwania graffiti usługa będzie opodatkowana podatkiem 23%, jest kompletnie nieracjonalne i nie ma żadnego odzwierciedlenia w rzeczywistości. Z informacji powziętych przez Odwołującego wynika, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, łączna wartość prac zleconych przez Zamawiającego wykonawcy analogicznego zamówienia w poprzednich latach, tj. Wykonawcy KATEL s.c. nie przekroczyła 400.000 zł., tj. kwoty, do której Odwołujący będący konsorcjum może korzystać ze zwolnienia podmiotowego, o którym mowa w art. 113 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług. Odwołujący dodał, iż niezwłocznie po uzyskaniu informacji publicznej dotyczącej zakresu prac realnie zleconych przez Zamawiającego w poprzednich latach, informacja ta zostanie dołączona do odwołania. Jako kolejny argument za uzasadnieniem zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, iż z punktu widzenia podatkowego, będąc podatnikiem korzystającym ze zwolnienia wskazanego w art. 113 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług, nie jest uprawniony do oferowania usług ze stawką inną niż „zw”. Zamawiający nie może oczekiwać od wykonawców, aby dokonywali symulacji i kalkulowali cenę oferty w ramach zwolnienia oraz cenę "nadwyżki", gdyż zwolnienie ma charakter podmiotowy, przysługuje podatnikowi i każda inna usługa, zlecona przez podmiot trzeci jednemu z konsorcjantów, będzie obniżała limit przysługujący Odwołującemu. Zdaniem Odwołującego jedynym sposobem na prawidłową kalkulację VAT jest wskazanie stawki „zw.”, gdyż jedynie taką stawkę Odwołujący na dzień składania ofert może oferować. Odwołujący nie ma możliwości zaoferowania stawki 23%, gdyż dopóki korzysta ze zwolnienia, nie może wystawić faktury VAT z podatkiem w kwocie 23%. Odwołujący zauważył również, iż ratio legis przyjętej linii orzeczniczej, co do błędnej stawki podatku VAT, było zapewnienie porównywalności ofert. W przedmiotowej sprawie jedynie wskazanie, jako stawki podatku „zw.” pozwoli na zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podatnik zwolniony z podatku VAT na podstawie art. 113 ust. 1 oferuje swoje usługi bez obciążania ich podatkiem VAT, ale jednocześnie nie może obniżyć podatku należnego o kwotę zapłaconego podatku naliczonego, tj. koszty wykonania każdej usługi do wysokości zwolnienia są dla niego wyższe. Koszty materiałów, jakie Odwołujący będzie musiał zakupić w celu wykonania usługi, będą wyższe o 23%, podobnie wyższe będą koszty zakupu paliwa, używania samochodów etc. Tym samym zobligowanie Wykonawcy do tego, aby pomimo

istnienia zwolnienia, w ofercie wskazywał na fikcyjną stawkę VAT prowadziłoby do jego dyskryminacji. Przyjęcie linii interpretacyjnej, zgodnie, z którą wskazanie w ofercie na okoliczność zwolnienia podmiotowego z art. 113 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług, stanowi błąd w obliczeniu ceny, stanowi jawne i bezpośrednie ograniczanie przedsiębiorcom możliwości korzystania ze zwolnienia, która została zagwarantowana ustawowo. Nie do przyjęcia jest, zdaniem Odwoływającego, sytuacja, w której linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej, błędnie wywodzona z sentencji uchwały Sądu Najwyższego z 20 października 2011 roku i zawęża przedsiębiorcom, którzy chcieliby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego, zakres możliwych do wyboru form opodatkowania.

Zdaniem Odwoływającego, za bezzasadne w przedmiotowej sprawie, należy uznać odwoływanie się do uchwały Sądu Najwyższego z 20 października 2011 roku, III CZP 53/11. Dotyczy ona bowiem takich sytuacji, w których wykonawca wskazał w ofercie błędną stawkę podatku VAT, a więc np. stawkę 8% mimo, że dla danej usługi właściwa stawka tego podatku wynosiła 23%. Odwoływający stwierdził, iż Sąd Najwyższy, rozstrzygając przedstawione mu zagadnienie prawne stwierdził jedynie, że określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli nie ma ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki. Sąd Najwyższy podkreślił, powołując się na art. 7 Pzp, zasadę równości wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, że oferty zawierające skalkulowane przez wykonawców ceny netto stają się porównywalne, jeżeli ostateczną wartość (cenę brutto) uzyskano przy zastosowaniu jednolitej, wynikającej z obowiązujących przepisów, stawki podatku VAT. Tylko oferty równoważne w zakresie obiektywnie sprawdzalnych elementów, a takim elementem jest stawka podatku VAT wynikająca z obowiązujących przepisów, stwarzają możliwość porównania i tym samym równego traktowania oferentów. Jak dalej wypowiedział się Sąd Najwyższy, oferta zawierająca niezgodną z obowiązującymi przepisami stawkę podatku VAT, wpływającego na wysokość ceny brutto, niewątpliwie zaburza proces porównywania cen i musi być kwalifikowana jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny. Odwoływający, powołując się na opracowanie E. Kawa, R. Tetzlaff „Stawka podatku VAT w orzecznictwie KIO, SO i SN” [w:] M. Stręciwilk, M. Rakowska (red.), X-lecie Funkcjonowania Krajowej Izby Odwoławczej. Monografia, Warszawa 2017, s. 183-194, wskazał również, iż w literaturze, podjęcie tej uchwały było następstwem przedstawionego do rozstrzygnięcia Sądowi Najwyższemu zagadnienia prawnego wynikającego z rozbieżności w orzecznictwie, dotyczącego możliwości utożsamiania błędu w obliczeniu ceny z przyjęciem nieprawidłowej stawki VAT. W ocenie Odwoływającego kontekst historyczny tego orzeczenia wskazuje, że dotyczyło ono błędnego zastosowania stawki VAT przez wykonawcę, z różnych przyczyn, w tym z uwagi na wydanie określonej interpretacji podatkowej dotyczącej właściwej stawki bądź z uwagi na rozbieżności stanowisk literatury

i orzecznictwa co do opodatkowania daną stawką i jego konsekwencji, w postaci możliwości potraktowania tego jako oczywistej omyłki etc., a nie kwestii prawidłowego skalkulowania ceny przez wykonawcę zwolnionego na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług, w sytuacji gdy zwolnienie to jest bezsporne.

Odwołujący podał, iż zastosował prawidłowo zwolnienie z podatku, gdyż przysługiwało mu ono w momencie składania ofert i przysługuje nadal oraz, że nie ma on możliwości zastosowania stawki VAT 23%, jak tego oczekiwali Zamawiający. Trudno wyobrazić sobie, zdaniem Odwołującego, „rozbicie” oferty, na które Zamawiający wskazuje w uzasadnieniu odrzucenia oferty i to nie tylko ze względu na brak dostosowania formularza w tym zakresie, a też z uwagi na to, iż Odwołujący nie ma żadnych podstaw by przewidywać, które z wyszczególnionych czynności zostaną zlecone, w jakim czasie, jeśli w ogóle zostaną zlecone. Nawet, więc gdyby umowa zawarta z Zamawiającym miała być jedynym źródłem dochodu obu członków konsorcjum, to nie mogą oni przewidzieć, w którym momencie zaczną ich dotyczyć (o ile w ogóle) obowiązki naliczania 23% VAT. Obranie w tym zakresie dowolnych założeń stanowiłoby wprowadzenie do kalkulacji będących podstawą wyliczenia ceny, okoliczności nieprzewidzianych w SIWZ i doprowadziłoby do nieporównywalności ofert. Odwołujący stwierdził również, iż zastosowane przez niego rozwiązanie było najbardziej uzasadnione w danym stanie faktycznym, pozostałe zaś, tj. zastosowanie stawki 23% albo rozbitcie ceny na część bez podatku VAT i z podatkiem VAT 23%, prowadzić musiałyby albo do szybkiej zmiany sposobu opodatkowania konsorcjantów, co nie może być wymuszane przez Zamawiającego, albo do sytuacji, w której oferta Odwołującego nie byłaby porównywalna z innymi złożonymi w postępowaniu i to z przyczyn leżących po jego stronie.

Uzasadniając zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 1 i ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, iż sposób sformułowania przez niego tych zarzutów wynika z nieudostępnienia przez Zamawiającego dokumentacji postępowania i związanego z tym braku wiedzy Odwołującego czy Zamawiający wezwał KATEL s.c. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp lub art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący zauważył, iż zgodnie z § 4 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zasadą jest, iż przekazanie protokołu postępowania lub załączników następuje przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, a zgodnie z § 4 ust. 5 Zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół lub załączniki niezwłocznie. Tymczasem Zamawiający wyznaczył termin zapoznania się z wnioskowaną dokumentacją postępowania dopiero na środę 31 stycznia 2018 roku, a uczynił to dopiero 29 stycznia 2018 roku. Termin został, więc wyznaczony na niemal tydzień po złożeniu odpowiedniego wniosku przez Odwołującego i na dzień po upływie terminu na wniesienie odwołania. Odwołujący postrzega takie działanie Zamawiającego, jako próbę

zniechęcenia go do obrony swoich praw i zaniechania wniesienia odwołania, tym bardziej, że wyznaczenie odległego terminu na zapoznanie się z protokołem i załącznikami nie zostało przez Zamawiającego racjonalnie uzasadnione. Odwołujący na chwilę wniesienia odwołania nie może odnieść się do wyjaśnień konkurenta w przedmiocie wyliczenia ceny, ponieważ nie wie czy w ogóle były złożone. Z uwagi na powyższe, Odwołujący zastrzegł sobie prawo rozszerzenia przedstawionej argumentacji w terminie późniejszym, w szczególności przez odniesienie się do wyjaśnień złożonych przez KATEL s.c. w toku postępowania, jeżeli okaże się, że dokument taki jest w dokumentach postępowania. Niezależnie jednak od ewentualnej treści wyjaśnień, w ocenie Odwołującego, nie mogły one przekonać Zamawiającego, że cena zaoferowana przez KATEL s.c. w siedmiu z piętnastu pozycji „Formularza kalkulacji ceny oferty” nie jest rażąco niska i możliwe jest należyte wykonanie przedmiotu zamówienia przy jej zastosowaniu.

Odwołujący wskazał, iż w ofercie KATEL s.c., w „Formularzu kalkulacji ceny oferty” w pozycjach 1.1,1.2, I.3,11.1, II.3, II.4 i III.2, wykonawca ten zaoferował cenę jednostkową brutto 1 złoty za usuwanie graffiti z 1 metra kwadratowego, określonych w tych punktach powierzchni. W tym samym dokumencie, poniżej tabeli uzupełnianej przez wykonawców Zamawiający wskazał jednoznacznie, że przy kalkulacji ceny należy uwzględnić cenę robocizny, ceny materiałów, ceny pracy sprzętu, zysk, podatek VAT oraz - w niektórych przypadkach - nadzór konserwatora zabytków z uprawnieniami. Zapis ten koresponduje z postanowieniami punktu 14 SIWZ, dotyczącego sposobu obliczania ceny. Biorąc więc pod uwagę, że KATEL s.c., jako stawkę podatku VAT, wskazał 23%, to zgodnie z jego ofertą 81 groszy wystarczyć ma na pokrycie wszystkich kosztów związanych z usuwaniem graffiti z 1 metra kwadratowego dowolnego obiektu, z dowolnej powierzchni, niezależnie od tego czy wymagany jest przy tym nadzór konserwatora zabytków ani czy powierzchnia była zaimpregnowana, ani też czy usunięcie graffiti ma nastąpić przez odczyszczenie danej powierzchni, czy przez zamalowanie graffiti farbą. Zaoferowana cena usuwania graffiti nie jest bowiem zróżnicowana w odniesieniu do żadnego z wyżej wskazanych czynników, które muszą mieć wpływ przynajmniej na pracochłonność oraz zużycie materiałów i sprzętu, a co za tym idzie na koszty ponoszone przez wykonawcę. Zdaniem Odwołującego brak zróżnicowania ceny usunięcia graffiti niezależnie od wszystkich uwarunkowań dotyczących tego procesu, powinien wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego, które KATEL s.c. byłoby niezwykle trudno przekonująco wyjaśnić. Odwołujący podał, iż z prawdopodobieństwem granicznym z pewnością, może stwierdzić, że KATEL s.c., jeżeli składał wyjaśnienia w tym zakresie, to nie mógł być w stanie tego dokonać tak, by obalić domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Nadto brak zróżnicowania ceny usunięcia graffiti w całym formularzu, nie jest jedynym poważnym sygnałem, że oferta zawiera cenę rażąco niską. Cena usunięcia



graffiti zgodnie z ofertą KATEL s.c. jest także niższa niż cena umycia tej samej powierzchni, co, w ocenie Odwołującego, przeczy zasadom logiki i doświadczenia życiowego. Zdaniem Odwołującego, tylko w jednym wypadku cena mycia pokrywa się z ceną usunięcia graffiti (mycie za 1 zł brutto zaoferowano tylko w punkcie I.5), w każdym pozostałym wypadku mycie jest droższe, podczas gdy mycie, o jakim jest mowa, w zasadzie nie wymaga zastosowania żadnych środków chemicznych i najczęściej wykorzystuje się w jego toku tylko wodę. W wypadku oferty KATEL s.c., w zależności od tego, czego dotyczą prace, umycie danej powierzchni jest droższe od usunięcia z niej graffiti o 10% - 1000%. Doskonale oddaje to pkt III „Formularza kalkulacji ceny oferty”, z którego wynika, iż za usunięcie graffiti z pomnika zaoferowano cenę brutto 1 zł (za 1m<sup>2</sup> powierzchni), podczas gdy jego umycie wyceniono dziesięć razy drożej, pomimo, iż oczyszczenie z napisu wykonanego trwałym i odpornym na wiele środków czyszczących sprayem wiąże się koniecznością zastosowania środków chemicznych przeznaczonych do usuwania graffiti oraz odpowiednich działań. Odwołujący dodał, iż np. dla powierzchni gładkiej, należy nałożyć odpowiednią ilość środka przeznaczonego do usuwania graffiti z powierzchni gładkich. Przykładowo może być to „AGS 5 SR”, co do którego wg producenta zużycie wynosi 0,2-0,5 litra na 1 m<sup>2</sup> a według innych źródeł - 0,1-0,3 litra na 1 m<sup>2</sup> i to te dane jako korzystniejsze cenowo zostaną wzięte pod uwagę przy kalkulacji minimalnej ceny. Jego cena, i to przy zakupie w odpowiednio dużym opakowaniu, wynosi 55,90 zł netto za litr. A więc przy zastosowaniu mniejszego ze wskazanych wyżej zalecanych zużyć, koszt samego środka chemicznego do usuwania graffiti wynosi od 5,59 zł do 16,77 zł na każdy metr kwadratowy czyszczonej powierzchni. Nawet zakładając znaczne rabaty uzyskane przez KATEL s.c. od dostawców, zejście do poziomu 1 zł brutto za 1 m<sup>2</sup> jest, zdaniem Odwołującego, niemożliwe. Tym bardziej, że oprócz minimalnego zużycia środka chemicznego, doliczyć należy koszty splukania rozpuszczonego graffiti gorącą wodą pod ciśnieniem (ok. 10-20 litrów wody), co - biorąc pod uwagę, że do zasilenia myjki ciśnieniowej potrzebne jest paliwo (ok. 5 litrów na godzinę pracy) - powoduje, że sam koszt splukania jednego metra kwadratowego rozpuszczonego graffiti przekroczy zaoferowaną przez KATEL s.c. złotówkę. Na dodatek, po oczyszczeniu powierzchni z graffiti, producent zaleca umycie czyszczonej powierzchni w celu neutralizacji produktu do usuwania graffiti, a koszty mycia sama KATEL s.c. wycenia, w przytłaczającej większości wypadków, drożej niż cały proces usunięcia graffiti. Odwołujący wskazał, iż nie można pominąć także kosztów transportu sprzętu i pracownika oraz jego wynagrodzenia. Jeżeli chodzi o usuwanie graffiti przez pokrywanie go farbą, to również nie jest możliwe zamknięcie się z samymi kosztami w kwocie 1 zł za 1 m<sup>2</sup> dowolnej powierzchni. Odwołujący przykładowo wskazał, iż farba fasadowa do betonu, elewacyjna, biała w opakowaniu 10 litrowym kosztuje 108 złotych brutto. Jak wskazuje sprzedawca, jej maksymalna wydajność wynosi 9m<sup>2</sup>/l, co oznacza, że na 1m<sup>2</sup> przypadać musi 0,11 l farby. Oznacza to, że pomalowanie jedną warstwą 1 metra

kwadratowego kosztuje w tym przykładzie 1,18 zł. Odwołujący przyznał, iż możliwe jest uzyskiwanie różnych rabatów przez KATEL s.c., jednak, żeby skutecznie pokryć graffiti należy pokryć je przynajmniej dwoma warstwami farby. Ponadto poza samą czynnością malowania pracownik musi również m.in. dobrać kolor, zabezpieczyć inne elementy obiektu, a po malowaniu usunąć zabezpieczenia, nadto doliczyć trzeba koszty wynagrodzenia pracownika, transportu etc. Na dowód twierdzeń w tym zakresie Odwołujący wskazał na wydruki ze stron producenta środka do czyszczenia graffiti oraz ze strony internetowej sprzedawcy farby.

Zdaniem Odwołującego kalkulacja KATEL s.c. jest zupełnie nieadekwatna do przedmiotu zamówienia, biorąc pod uwagę koszty każdego z zabiegów usunięcia graffiti. W żadnym wypadku nie jest możliwym wykonanie zamówienia w zakresie usuwania graffiti za cenę zaoferowaną przez KATEL s.c. Postępowanie dotyczy utrzymania różnych obiektów w zakresie mycia i usuwania graffiti. Nawet jeżeli powierzchniowo zakres prac związanych z usuwaniem graffiti będzie mniejszy niż tych związanych z myciem, to w ocenie Odwołującego, nie można tracić z pola widzenia faktu, że około połowy wyszczególnionych w „Formularzu kalkulacji ceny oferty” prac dotyczy usuwania graffiti. Sprawne usuwanie graffiti, wydaje się, zadaniem Odwołującego, nawet ważniejszym aniżeli regularne mycie i utrzymywanie miejskich obiektów w ogólnie pojętej czystości. Z tych względów usuwanie graffiti stanowi istotną część składową zamówienia i tym samym cena oferowana za tę usługę stanowi istotną część składową ceny, a skoro jest zaniżona, stanowi przesłankę by wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. Odwołujący zauważył, iż wskutek nowelizacji ustawy Pzp, która weszła w życie 28 lipca 2016 roku, ustawodawca wprost przewidział obowiązek zwrócenia się o wyjaśnienie dotyczące ceny, jeżeli istotna część składowa ceny wydaje mu się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. W poprzednim stanie prawnym, wzmianki o „istotnej części składowej” nie było, co ma doniosłe znaczenie, jeśli chodzi o wykładnię tego przepisu co do tego w jaki sposób rażąco niskie istotne części składowe ceny rzutować mają na całkowitą cenę oferty. Odwołujący stwierdził, iż celem instytucji przewidzianej w art. 90 ustawy Pzp jest zbadanie, czy niska cena, jaką proponuje wykonawca nie grozi niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia, a to, że ustawodawca zdecydował się zmienić brzmienie ustępu 1 art. 90 Pzp, oznacza, że ceny zaoferowane na poszczególne części zamówienia powinny podlegać refleksji z perspektywy ich poprawnej kalkulacji przez pryzmat przepisów dotyczących oferowania przez wykonawców ceny rażąco niskiej. Odwołujący zwrócił uwagę, że, jak wynika z informacji z otwarcia ofert, Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę w wysokości 1.070.000 zł brutto, zaś KATEL s.c. zaoferował cenę 706.750 zł, a więc ponad 30% mniejszą

niż kwota wskazana przez Zamawiającego. Zamawiający nie podał, co prawda wartości przedmiotu zamówienia i nie udostępnił dokumentacji postępowania Odwołującemu, można jednak zakładać, że oscylowała ona w pobliżu sumy, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Mogło, więc, zdaniem Odwołującego, dojść do sytuacji, w której Zamawiający zobligowany był do wezwania KATEL s.c. do złożenia wyjaśnień ceny z uwagi na art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, bowiem rozbieżność w żaden sposób nie wynika z okoliczności oczywistych. Niemniej jednak, zdaniem Odwołującego, zaoferowanie wszystkich usług usuwania graffiti za 1 zł brutto za 1 m<sup>2</sup> dowolnej powierzchni, powinno zmusić Zamawiającego do wezwania KATEL s.c. do złożenia wyjaśnień niezależnie od wystąpienia 30% różnicy, o której mowa w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp. Niedopełnienie tego obowiązku, jest naruszeniem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Jeżeli zaś Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, to konsekwencje zwrócenia się Zamawiającego określają przepisy. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Tym samym, po zwróceniu się przez Zamawiającego do wykonawcy o wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny, z mocy prawa powstaje domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej. W ocenie Odwołującego domniemania tego KATEL s.c. w żaden sposób nie mógł obalić, a więc Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp .

Na poparcie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, iż perspektywa rażąco niskiej ceny nie może być jednak jedyną, jaką należy w niniejszej sprawie zastosować do nierealnie ukształtowanych istotnych części składowych ceny całkowitej. Odwołujący, powołując się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1205/15, LEX nr 1808560, wskazał, iż sztuczne zaniżanie cen jednostkowych należy rozpatrywać również w kategorii czynu nieuczciwej konkurencji. Dodał, iż także na gruncie poprzednich przepisów, gdy w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie było wprost mowy o częściach składowych ceny, w uzasadnionych przypadkach, obowiązek badania dotyczył poszczególnych cen jednostkowych czy też elementów, które służyć będą do ustalenia wynagrodzenia, jeżeli jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i ukształtowanego sposobu wynagradzania wykonawcy. W ocenie Odwołującego, ceny zaoferowane przez wykonawcę KATEL s.c. w zakresie usuwania graffiti, są nieadekwatne do przedmiotu zamówienia i nie jest możliwe należyte wykonanie zamówienia przy ich zastosowaniu, przy czym oferta KATEL s.c. została przygotowana w ten sposób, aby przez manipulowanie cenami jednostkowymi zaproponować atrakcyjną cenę całościową. Z historii zamówień udzielanych przez Zamawiającego wynika, bowiem, że zlecenia dotyczące usuwania graffiti trafiają się rzadko, zaś mycie obiektów zlecane jest regularnie. Częściowo znajduje to odzwierciedlenie w szacunkach Zamawiającego, jednak i te szacunki zrobione są

na wyrost I przewidują raczej znaczne zwiększenie się liczby przypadków graffiti niż trzymanie się skali tego zjawiska na poziomie z lat poprzednich. Zgodnie z zamysłem KATEL s.c., nawet tracąc na usuwaniu graffiti, co zdarza się sporadycznie, w ogólnym rozrachunku wykonawca ten osiągnie z realizacji zamówienia z zysk, skoro straty w tej części zostaną skompensowane przez większy zysk z innej części zamówienia, a to mycia obiektów. Takie manipulowanie cenami jednostkowymi opiera się jednak na założeniach, których Zamawiający nie przewidywał, a nawet nie mógł przewidywać formułując postanowienia SIWZ. Zamawiający założył określoną ilość prac do wykonania w okresie związania umową i tylko uczciwe zaproponowanie cen przez wszystkich wykonawców może doprowadzić do stanu, w którym oferty będą porównywalne i możliwe będzie wyłonienie zwycięzcy przetargu. Zdaniem Odwołującego KATEL s.c. celowo oferował rażąco niskie ceny poniżej kosztów własnych w częściach dotyczących usuwania graffiti, ponieważ, opierając się na swoim doświadczeniu uznał, że rzadko zdarza się, aby prace w tych częściach były wykonywane w ilości skalkulowanej przez Zamawiającego. Dlatego też, aby oferta tego wykonawcy była korzystniejsza od ofert wykonawców konkurujących z nim w postępowaniu, zastosował on metodę sztucznego zaniżania ceny przy zadaniach, które rzadko występują, natomiast przy zadaniach które występują z największym prawdopodobieństwem, ustalił cenę z bardziej dopasowaną do realiów rynkowych kalkulacją. Jest to działanie nieuczciwe w stosunku do pozostałych wykonawców, stanowi także naruszenie postanowień SIWZ dotyczących sposobu kalkulowania ceny.

Odwołujący podniósł, iż stosownie do pkt 14.2. SIWZ, cena brutto podana w formularzu oferty winna zawierać wykonanie szacunkowej ilości prac, obejmującą w szczególności utrzymanie ekranów akustycznych, obiektów inżynierskich, pomników, miejsc pamięci narodowej i innych powierzchni. Podana cena ofertowa musi uwzględniać wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie Wykonawca poniesie z tytułu należytego oraz zgodnego z umową i obowiązującymi przepisami wykonania przedmiotu zamówienia. Zgodnie z pkt 14.3. SIWZ, cena brutto podana w formularzu oferty winna zawierać wszystkie koszty bezpośrednie, koszty pośrednie oraz zysk. W cenie powinny być również uwzględnione wszystkie podatki, opłaty, ubezpieczenia, opłaty transportowe, itp. Zdaniem Odwołującego nie może być tak, że co do części cen podanych w formularzu, stanowiących prawie połowę wszystkich pól formularza, jeden z wykonawców stosuje swoje własne metody oceny prawdopodobieństwa zlecenia danych prac i nie obejmuje tymi cenami wszystkich kosztów pośrednich, bezpośrednich oraz zysku. Odwołujący, który prawidłowo, zgodnie z wymogami SIWZ i przepisami prawa, skalkulował ceny jednostkowe, nie mógł zaoferować niższej ceny niż KATEL s.c. Przyjęte przez KATEL s.c., jako podstawa kalkulacji ceny, założenie, że zlecenia na usuwanie graffiti pozostaną na

podobnym poziomie jak w poprzednich okresach, doprowadziło do zaoferowania ceny przez tego Wykonawcę, z której nie byłby w stanie pokryć nawet kosztów pracy pracowników wykonujących określone prace, kosztów środków czyszczących i zużycia sprzętu. Tymczasem jedynie oparcie się przez wszystkich wykonawców na warunkach określonych przez Zamawiającego, zagwarantować może porównywalność złożonych ofert i uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami.

W ocenie Odwołującego nawet, gdy Zamawiający wezwał KATEL s.c. do wyjaśnienia wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie usuwania graffiti, a wykonawca ten skutecznie obalił powstałe w ten sposób domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny, Zamawiający winien odrzucić ofertę wykonawcy KATEL s.c. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący powołując się na wyroki o sygnaturach: KIO 2184/14 i KIO 2185/14, stwierdził, iż dokonywane przez wykonawców „optymalizacje” SIWZ i przyjmowanie do kalkulacji cen założeń alternatywnych wobec SIWZ jest oceniane negatywnie również w orzecznictwie KIO, stojącej na stanowisku, że wykonawca powinien wykazać, że bez uwzględnienia optymalizacji jest w stanie zamówienie wykonać. Jeśli zaś nie przedstawił okoliczności pozwalających zaoferować niską cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z projektem Zamawiającego, to nie wykazał, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Jeśli KATEL s.c. uznałby, że usuwanie graffiti nie będzie w przyszłości dotyczyło takiej powierzchni, jaką wskazał w SIWZ Zamawiający i dlatego skalkulowałby cenę na podstawie założeń, być może nawet uzasadnionych historyczną wiedzą, ale jednak swoich własnych, zamiast przedstawionych przez Zamawiającego, to oferta podlegać musi odrzuceniu. Znaczenie ma też tutaj to, że Zamawiający nie mógł zakładać w SIWZ zbyt niskiego pułapu zleceń na usuwanie graffiti, bowiem nawet lekki wzrost liczby graffiti wpłynąłby na tempo ich usuwania i wizerunek miasta. Stąd też oczekiwał - i ujął to w postanowieniach SIWZ - że cena brutto podana w formularzu oferty zawierać będzie wykonanie szacunkowej ilości prac.

W podsumowaniu argumentacji tego zarzutu, Odwołujący stwierdził, iż manipulowanie cenami przez KATEL s.c. co do poszczególnych części zamówienia, stanowi działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami i narusza interes Odwołującego, który, stosując się do postanowień SIWZ i realnie wyceniając swoje usługi, mimo posiadanej wiedzy o przeciętnej liczbie zleceń usuwania graffiti, nie miał szans konkurować ze sztucznie zaniżającym ceny wykonawcą.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie, jako bezzasadnego. Zamawiający podkreślił, iż oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny i dlatego podlega odrzuceniu. Odwołujący złożył ofertę wskazując jako podatek VAT „zw” z powołaniem się na przepis art. 113 ustawy o VAT. W myśl art. 113 ust. 1 ustawy o VAT, zwalnia się od podatku sprzedaż dokonywaną przez podatników, u których wartość sprzedaży

nie przekroczyła łącznie w poprzednim roku podatkowym kwoty 200 000 zł. Zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie prawa do zastosowania zwolnienia podmiotowego. W odpowiedzi na pytanie Zamawiającego, wykonawca wyjaśnił, że każdy z podmiotów występujących wspólnie korzysta z prawa do zastosowania zwolnienia podmiotowego, wynikającego z art. 113 ustawy o VAT. Jednakże wartość oferty złożonej przez Odwołującego została określona na kwotę 632 550,00 zł i cała ta wartość została objęta zwolnieniem podatkowym. Tym samym już tylko ta okoliczność, zdaniem Zamawiającego, powoduje, że występuje błąd w obliczeniu ceny, bowiem nie jest możliwe zastosowanie zwolnienia podatkowego od kwoty wyższej niż 200 000,00 zł, a w skrajnym przypadku, gdyby uznać, że każdy z podmiotów może skorzystać z takiego prawa, od kwoty wyższej niż 400.000,00 zł, co jednak nie jest możliwe. Zamawiający podkreślił, że zgodnie z art. 113 ust. 5 ww. ustawy, w przypadku, gdy wartość sprzedaży zwolnionej od podatku na podstawie ust. 1 przekroczy kwotę, o której mowa w ust. 1, zwolnienie traci moc począwszy od czynności, która spowodowała przekroczenie tej kwoty. W takim przypadku świadczenie powodujące przekroczenie wartości wskazanej w art. 113 ust. 1 ustawy o VAT, podlegać będzie opodatkowaniu podatkiem w wysokości zgodnej z przepisami prawa. Zamawiający wskazał, iż do oferty Odwołującego zostało załączone pełnomocnictwo dla Lidera Konsorcjum, z którego wynika, że to Lider będzie wystawiał Zamawiającemu faktury VAT oraz odbierał należności przewidziane umową. Tym samym każda faktura za realizację tego zamówienia ponad 200 000,00 zł będzie musiała zawierać podatek VAT w wysokości wynikającej z ustawy. Nadto wzór umowy nie przewiduje wystawiania faktury przez różne podmioty. W treści załącznika nr 3 do SIWZ „Umowa” w § 4 wskazuje m.in.: „(...) 3. Wynagrodzenie będzie przekazywane na rachunek bankowy Wykonawcy, wskazany w treści dostarczanej Zamawiającemu faktury, jeden raz w miesiącu, po protokołarnym odbiorze prac, w terminie do 30 dni od dnia otrzymania przez Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury. 4. Na pisemne żądanie Zamawiającego Wykonawca przedłoży fakturę stanowiącą rozliczenie usługi za okres krótszy niż jeden miesiąc kalendarzowy. W przypadku rozliczenia usługi za niepełny miesiąc kalendarzowy, kwoty cen jednostkowych zostaną proporcjonalnie pomniejszone. (...) 6. Do faktury Zamawiający jest zobowiązany dołączyć: a)oryginał protokołu odbioru prac podpisany przez uprawnionych pracowników Zamawiającego i Wykonawcy; b) kosztorys powykonawczy zgodny ze zleceniem, o którym mowa w § 1 pkt. 3. 7. Zamawiający oświadcza, że jest zarejestrowanym i czynnym podatnikiem podatku od towarów i usług VAT. Wykonawca oświadcza, że jest zarejestrowanym i czynnym podatnikiem podatku od towarów i usług VAT.” W ocenie Zamawiającego nie ma możliwości odrębnego wystawiania faktur przez poszczególnych członków konsorcjum, tym bardziej, że załączone do oferty pełnomocnictwo jednoznacznie wskazuje w jaki sposób Odwołujący zamierzał rozliczać się z Zamawiającym. Badając oferty

Zamawiający ma obowiązek zbadać wysokość stawki podatku VAT. Przywołana w treści informacji o odrzuceniu oferty uchwała Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 52/11), ostatecznie przesądziła kwestię obowiązku weryfikacji przez Zamawiającego stawki podatku VAT pod kątem prawidłowości jego zastosowania, a w konsekwencji uznania, czy oferta nie zawiera błędów w obliczeniu ceny. Wynika z niej, iż podatek VAT jest elementem cenotwórczym, a tym samym bezwzględnej kontroli i ocenie musi podlegać przyjęcie przez wykonawców prawidłowej stawki podatku VAT. Przyjęcie nieprawidłowej stawki VAT, tj. nieuprawnione skorzystanie ze zwolnienia, jest równoznaczne z nieprawidłowym ustaleniem ceny. W ocenie Zamawiającego Odwołujący mógłby przyjąć zwolnienie z podatku, jedynie wówczas, gdyby cena jego oferty nie przewyższała wartości jaka wynika z art. 113 ust. 1 ustawy VAT. W przypadku gdy wartość oferty znacznie przekracza dopuszczalny limit, aby można było uznać jej prawidłowość musiałaby zostać obliczona z zastosowaniem obowiązującej stawki podatku. Samo przyjęcie przez Odwołującego konstrukcji Konsorcjum, w sytuacji, gdy jak wynika z treści oferty, obie spółki są ściśle ze sobą powiązane osobowo poprzez tożsamość wspólników (zarówno w jednej jak i drugiej spółce jedynymi lub wielkościami wspólnikami są pan Piotr A. M., oraz pani B. M.) budzi wątpliwości co do celu zawarcia konsorcjum, a tym samym uczciwego działania Wykonawcy celem uzyskania zamówienia. Zamawiający stwierdził, iż przyjęcie przez Odwołującego zwolnienia podatkowego do wartości przekraczającej trzykrotnie wartość pozwalającej na zastosowanie art. 113 ustawy o VAT jest błędem. Tym bardziej, że rozliczenie kosztów między partnerami wspólnego przedsięwzięcia, będącymi podatnikami podatku VAT, w stosunku do ich udziału, stanowi wynagrodzenie za świadczone usługi, podlegające opodatkowaniu VAT. Zamawiający wyraził pogląd, że za nieuprawnione należy uznać stanowisko, Odwołującego, wskazujące na to, że w dacie składania oferty określił prawidłową stawkę podatku VAT z uwagi na nieznaną zakresu świadczenia. Wynika to z faktu, iż część przedmiotu zamówienia jest stałym wynagrodzeniem ryczałtowym, a wartość tej części przedmiotu zamówienia to kwota 90.000,00 zł, nadto znacząca część dotyczy istniejących obiektów i pewności zlecenia prac w zakresie mycia ekranów akustycznych i obiektów inżynierskich, co daje kwotę 415.600,00 zł, których zlecenie nie zależy od zdarzeń przyszłych i niepewnych tak jak usuwanie graffiti. Wykonawca był zobowiązany przy kalkulacji ceny oferty, wziąć tę okoliczność pod uwagę i obliczyć cenę w części z zastosowaniem zwolnienia podmiotowego, a w części z uwzględnieniem obowiązku naliczenia prawidłowego VAT-u. Oferta zawierająca niezgodną z obowiązującymi przepisami stawkę podatku VAT, wpływającego na wysokość ceny brutto, uniemożliwia prawidłowe porównanie złożonych ofert w ramach ustalonego, jedyne w tym postępowaniu, tj. kryterium ceny. Tym bardziej, że zastosowanie prawidłowej stawki podatku VAT powodowałoby zmianę w rankingu wykonawców.

Zdaniem Zamawiającego nie miał on obowiązku wzywać Odwołującego do przedstawienia wyjaśnień co do sposobu obliczenia ceny oferty, bowiem fakt zastosowania niewłaściwej stawki podatku VAT skutkuje wprost odrzuceniem oferty i żadne wyjaśnienia, nie mogą prowadzić do zmian w tym obszarze. Bezzasadny jest również, zdaniem Zamawiającego zarzut braku możliwości „rozbicia” ceny z uwagi na treść formularza ofertowego. To wykonawca składający ofertę posiada wiedzę, że charakteryzuje go odmienny, niestandardowy sposób kształtowania oferty. Posiadając tę wiedzę, wykonawca był zobowiązany do ewentualnego zadania pytań, które rozwiąłyby jego wątpliwości co do tego w jaki sposób wpisać cenę w formularzu oferty, lub do wniesienia o dopuszczenie dokonania zmiany formularza w sposób, który byłby dla niego odpowiedni. Zamawiający nie ma obowiązku przewidywać sytuacji, że którykolwiek z wykonawców korzysta z przywilejów. Obowiązek dołożenia należytej staranności, a więc staranności podwyższonej z uwagi na zawodowy charakter prowadzonej działalności przez Odwołującego zobowiązywał go do ewentualnego zadania pytań do SIWZ. W ocenie Zamawiającego, nie można zgodzić się również z twierdzeniem Odwołującego, że formularz cenowy nie zawiera informacji na temat VAT. Wartość określona przez Wykonawców w formularzu cenowym miała zawierać wartość m.in. z podatkiem VAT, należnym i właściwym z punktu widzenia przepisów prawa, a to jaką wartość podatku VAT zastosował Wykonawca do wyliczenia ceny swojej oferty jasno wskazał w treści formularza ofertowego, jak również w treści złożonych wyjaśnień. Z ostrożności Zamawiający wskazał, że nie ma możliwości uznania, że podana w ofercie wartość jest wartością brutto i nawet przy przekroczeniu limitu uprawniającego do zwolnienia podatkowego, nie zwiększy się wartość należna do zapłaty na rzecz Wykonawcy, bowiem również taka okoliczność prowadziłyby do konieczności uznania, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, bowiem błąd został popełniony przy kształtowaniu treści oferty, poprzez przyjęcie nieprawidłowego czynnika cenotwórczego, jakim jest podatek VAT.

Zamawiający wyraził pogląd, że w przypadku uznawania za prawidłowe jego działania w związku z odrzuceniem oferty Odwołującego, dalsze merytoryczne rozstrzygnięcie Odwołania co do wyboru oferty najkorzystniejszej jest bezprzedmiotowe, bowiem wykonawca odrzucony nie posiada interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp do kwestionowania czynności wyboru oferty innego podmiotu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 oraz art. 90 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp, Zamawiający stwierdził, że oferta wybranego wykonawcy zawiera cenę wyższą niż cena oferty Odwołującego. Natomiast zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, rażąco niska cena występuje wówczas, gdy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi



przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Zamawiający realizując obowiązek, wynikający ze stanowiska doktryny i orzecznictwa, dotyczący wezwania w sytuacji, gdy zachodzi chociażby jedna z okoliczności wskazanych w art. 90 ust. 1a Pzp, zwrócił się do wybranego, wykonawcy o złożenie wyjaśnień, bowiem zaszła okoliczność w której cena oferty wybranego wykonawcy jest niższa o ponad 30% od szacunkowej wartości zamówienia, chociaż cena ta nie odbiega od średniej cen złożonych ofert i nie budzi zastrzeżeń Zamawiającego co do należytego wykonania zamówienia. Wezwanie do złożenia wyjaśnień miało na celu spełnienie obowiązku formalnego, celem uniknięcia zarzutu zaniechania wezwania w sytuacji zaistnienia ustawowej okoliczności do dokonania takiej czynności. Złożone przez Przystępującego wyjaśnienia utwierdziły Zamawiającego, że oferta tego wykonawcy została skalkulowana w sposób prawidłowy. Wykonawca przedstawił szczegółową kalkulację dotyczącą całego zakresu robót z rozbiem na poszczególne składowe wynagrodzenia, kalkulacja ta zgodnie ze stanowiskiem Wykonawcy stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i z tego powodu nie została udostępniona Odwołującemu. Dokonana kalkulacja, w ocenie Zamawiającego, została oparta na wiarygodnym materiale dowodowym, do którego należy zaliczyć kosztorys powykonawczy ubiegłorocznych prac związanych z realizacją analogicznego zamówienia, oraz szczegółową kalkulację ceny oferty złożonej w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający wskazał, iż zakres zamówienia dotyczący usuwania graffiti, stanowi marginalną część przedmiotu zamówienia. W ubiegłym roku wartość usuwania graffiti wyniosła 0,7% w stosunku do wartości innych prac zleconych wykonawcy, których ostateczny koszt zamknął się kwotą 744.000,00 zł. brutto. Tym samym nie może być mowy o istotnej części składowej wynagrodzenia, o której jest mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. O braku istotności zakresu zakwestionowanego w odwołaniu świadczy również zestawienie powierzchni wskazanych w formularzu cenowym. Usuwanie graffiti ma odbywać się na powierzchni 4.250 m<sup>2</sup>, podczas gdy mycie na powierzchni 524.500 m<sup>2</sup>, co stanowi ok 0,7% zakresu stanowiącego przedmiot zamówienia. Ceny zaoferowane w postępowaniu, jak wynika z ofert składanych w innych postępowaniach, są cenami rynkowymi. Na rynku realizuje się usługi za cenę wynoszącą nawet 0,5 zł za usunięcie graffiti z ekranów akustycznych i innych obiektów inżynierskich, na co wskazuje oferta z postępowania w Gdańsku w latach 2017-2019 załączona do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający podał, iż takie ceny od kilku lat funkcjonują również u niego, wskazując dla przykładu, iż za wskazaną w poz. 1.3 „Usuwanie graffiti z ekranów akustycznych typu „zielona ściana” stalowych i metalowych, trocinozrębkobetonowych itp. usługę Zamawiający w 2015 r, płacił 4,00 zł za m<sup>2</sup>, w 2016 r płacił 3,00 zł za m<sup>2</sup>, a w 2017 r. płacił 1,00 zł za m<sup>2</sup>. Z tego względu, zdaniem Zamawiającego,

niezrozumiała jest cena 15,00 zł m<sup>2</sup>, jaka została przyjęta w przez Odwołującego, tym bardziej, że w ofercie z roku 2016 wykonawca ten zaoferował tę usługę za 4 zł za m<sup>2</sup>. Zamawiający nie zgodził się z Odwołującym, jakoby oferta wybranego wykonawcy stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji poprzez dokonywanie jakichkolwiek „optymalizacji”, bowiem cena oferty kształtuje się w zależności od ilości prac jakie należy wykonać w ramach niniejszego zamówienia oraz przewidywalności ich wykonania, przy czym mycie istniejących obiektów jest zakresem przewidywalnym, zaś usuwanie graffiti które dopiero mogą się pojawić jest działaniem zdecydowanie nieprzewidywalnym, które może, ale nie musi się zdarzyć, a dodatkowo jest marginalną ilością z całego zakresu i nie stanowi istotnego elementu kalkulacji ceny.

Zamawiający stwierdził, iż Odwołujący nie wykazał istnienia w ofercie Przystępującego rażąco niskiej ceny oraz nie wykazał na czym miałyby polegać ewentualny czyn nieuczciwej konkurencji, w tym w szczególności, nie wskazał, który przepis ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji miałyby zostać naruszone. W ocenie Zamawiającego ustalony w ustawie Pzp rozkład ciężaru dowodu nie zwalnia Odwołującego, który podnosi okoliczności rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty. Zamawiający przywołał na poparcie swojego stanowiska wyroki KIO 1756/16 z dnia 11.10.2016 r. i KIO 2068/16 z dnia 10.11.2016 r.

Pismem złożonym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 lutego 2018 r. KATEL s.c. (dalej również: „Przystępujący”) zgłosił swoje przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego. Przystępujący wskazał, iż ma interes w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie Zamawiającego, ponieważ zarzuty podniesione w odwołaniu podważają czynności dokonane przez Zamawiającego, tj. odrzucenie oferty Odwołującego i wybór jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Przystępującego i tym samym uniemożliwiają mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

**Po zapoznaniu się m.in. z treścią SIWZ, treścią ofert złożonych w postępowaniu, po przeprowadzeniu rozprawy i wysłuchaniu stanowisk i oświadczeń stron i uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych, nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp oraz, że wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Tym samym odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Izba stwierdziła, iż Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej, z uwagi na to, iż została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę, która według przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert, w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, co mogłoby skutkować uzyskaniem przez niego zamówienia. Odrzucenie oferty Odwołującego i wybór oferty Przystępującego skutkuje pozbawieniem Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, a w konsekwencji możliwością poniesienia szkody. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego o braku interesu Odwołującego w kwestionowaniu czynności wyboru oferty Przystępującego, z uwagi na to, iż oferta Odwołującego została odrzucona. W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone dwie oferty, przy czym oferta Odwołującego została odrzucona, zaś oferta Przystępującego została wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza. Odwołujący w odwołaniu kwestionuje obie czynności Zamawiającego. W związku z tym, mając na uwadze prounijną wykładnię art. 179 ust. 1 ustawy Pzp ( por. wyrok Krajowej izby Odwoławczej z dnia 5 września 2016 r., sygn. akt KIO 1556/16), Izba uznała, iż Odwołujący posiada interes prawny w rozpatrzeniu odwołania w pełnym zakresie.

Izba stwierdziła, iż stosownie do art. 185 ust. 3 ustawy Pzp, Przystępujący stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego. Przystąpienie nastąpiło z zachowaniem wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, w tym z wykazaniem interesu Przystępującego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Oferta Przystępującego została wybrana, jako najkorzystniejsza. Uwzględnienie odwołania może spowodować odrzucenie jego oferty, a tym samym może uniemożliwić uzyskanie przez tego wykonawcę zamówienia.

Następnie, uzupełniając w stosunku do przytoczonych powyżej szczegółowych informacji zawartych w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, Izba ustaliła, co następuje:

Z postanowień SIWZ wynika, iż cena brutto podana w formularzu oferty winna zawierać wykonanie szacunkowej ilości prac, obejmujących usługi dotyczące:

- 1) ekranów akustycznych, w tym usuwanie graffiti oraz mycie,
- 2) obiektów inżynierskich, w tym usuwanie graffiti, wykonywanie bezbarwnej odnawialnej powłoki ochronnej zabezpieczającej przed graffiti,
- 3) pomników oraz miejsc pamięci narodowej, w tym usuwanie graffiti oraz mycie,
- 4) utrzymanie powierzchni w obrębie Ronda Mogińskiego oraz kładek M1, M2 przy ul. Marcika.

Podana cena ofertowa musi uwzględniać wszystkie wymagania Zamawiającego oraz obejmować wszelkie koszty, jakie Wykonawca poniesie z tytułu należytego oraz zgodnego

z umową i obowiązującymi przepisami wykonania przedmiotu zamówienia. Cenę oferty wykonawcy byli obowiązani podać na podstawie formularza kalkulacji ceny oferty, zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ. Cena brutto podana w formularzu oferty winna zawierać wszystkie koszty bezpośrednie, koszty pośrednie oraz zysk. W cenie powinny być również uwzględnione wszystkie podatki, opłaty, ubezpieczenia, opłaty transportowe, itp.

Pkt 1 formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ został przygotowany przez Zamawiającego w brzmieniu: *1. Całkowita wartość przedmiotu niniejszego zamówienia (cena oferty): Netto: ...zł(słownie: ...) VAT:...% tj. ...zł, Brutto: ...zł(słownie: ...) Cena ta została obliczona na podstawie formularza kalkulacji ceny oferty stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ. Załącznik nr 5 do SIWZ zawiera formularz kalkulacji ceny oferty, w którym występuje wyszczególnienie prac, wskazanie jednostki miary oraz szacunkowej ilości jednostek do wykonania w ciągu roku. Wypełniając formularz wykonawcy winni podać w zł brutto cenę jednostkową oraz cenę wykonania szacunkowej ilości prac.*

Stosownie do pkt 4 SIWZ termin wykonania zamówienia został określony od dnia podpisania umowy, nie wcześniej jednak niż od 1 stycznia 2018 r. do dnia 31 grudnia 2018 r.

Z § 4 ust. 1 i 2 wzoru umowy wynika, iż wykonawca otrzyma wynagrodzenie z tytułu wykonania przedmiotu umowy w wysokości nieprzekraczającej kwoty wskazanej w umowie oraz, że wynagrodzenie za dany miesiąc wypłacane będzie na podstawie zleconych prac i kosztorysów powykonawczych, sporządzanych w oparciu o składowe ceny jednostkowe brutto określone w formularzu cenowym Wykonawcy.

Pismem z dnia 8 stycznia 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, w tym do podania podstawy prawnej wpisania „zw” w formularzu ofertowym w rubryce VAT oraz do podania, który z podmiotów występujących wspólnie i na jakiej podstawie korzysta ze zwolnienia z VAT, a także do podania zakresu usług dla członków konsorcjum, jak również o podanie czy konsorcjum zostało zawiązane celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a jeśli tak, to jakich.

W odpowiedzi, za pismem z dnia 11 stycznia 2018 r., Odwołujący udzielił wyjaśnień, wskazując, iż obydwa podmioty wspólnie ubiegające się o zamówienie korzystają ze zwolnienia z podatku VAT na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług, oraz, że konsorcjum zostało zawiązane w celu wspólnego wykonania umowy i każdy z jego członków będzie samodzielnie realizował ustalone części zamówienia, zaś na obecnym etapie brak jest podstaw do żądania zakresu usług dla każdego z podmiotów. Zakres ten zostanie przedłożony po wyborze najkorzystniejszej oferty, ponieważ trwają jeszcze uzgodnienia w tym zakresie.

Wezwaniem z dnia 17 stycznia 2018 r. Zamawiający wystąpił do wykonawcy KATEL s.c. o wyjaśnienia w związku z tym, iż cena oferty tego wykonawcy jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia. Przystępujący w określonym terminie złożył wyjaśnienia zastrzegając, iż w części dotyczącej przedstawionych kalkulacji, stanowią one tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Wykonawca ten załączył dowody na okoliczność potwierdzenia rynkowości zaoferowanych przez niego cen, w postaci czterech ofert złożonych przez podmioty trzecie, w tym dwóch w postępowaniu na utrzymanie ekranów akustycznych i zadaszeń tuneli na terenie Miasta Gdańska w zakresie mycia i usuwania graffiti w okresie 04.2017 – 03.2019 oraz dwóch w postępowaniu na utrzymanie czystości ekranów akustycznych, obiektów inżynierskich, pomników, miejsc pamięci narodowej i innych powierzchni w 2016 r.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż ze względu na zastrzeżenie przez Wykonawcę KATEL s.c., jako tajemnicy przedsiębiorstwa części złożonych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, Izba nie może w uzasadnieniu wyroku w sposób szczegółowy odnieść się do zastrzeżonych dokumentów. Nie wpływa to jednak na możliwość oceny zasadności zarzutów odwołania.

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zgodnie, z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. W okolicznościach przedmiotowej sprawy, w ocenie Izby, błąd w obliczeniu ceny oferty Odwołującego polega na tym, iż nieprawidłowo zastosował zwolnienie z podatku od towarów i usług do ceny oferty, która znacznie przekracza kwotę uprawniającą do zwolnienia z tego podatku. Błąd ten nie podlegał poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, z uwagi na brak wypełnienia przesłanek, o których mowa w tym przepisie.

Stosownie do art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1221 z późn. zm.), odnoszącego się do drobnych przedsiębiorców, na podstawie, którego, według oświadczenia Odwołującego, korzysta on ze zwolnienia z podatku VAT, zwalnia się od podatku sprzedaż dokonywaną przez podatników, u których wartość sprzedaży nie przekroczyła łącznie w poprzednim roku podatkowym kwoty 200 000 zł. Do wartości sprzedaży nie wlicza się kwoty podatku. Stosownie do ust. 5 tego przepisu, jeżeli wartość sprzedaży zwolnionej od podatku na podstawie ust. 1 przekroczy kwotę, o której mowa w ust. 1, zwolnienie traci moc począwszy od czynności, którą przekroczone tę kwotę.

Skoro cena oferty Odwołującego wynosi 632 550,00 zł, zaś umowa ma być zawarta do 31 grudnia 2018 r., to, w ocenie Izby, Odwołujący bezzasadnie przyjął, do takiej ceny oferty, zwolnienie z podatku. Bez znaczenia w tym przypadku jest to, czy w odniesieniu do Odwołującego próg uprawniający do zwolnienia wynosi 200 000,00 zł, jak twierdzi Zamawiający, czy wynosi on 400 000,00 zł, jak twierdzi Odwołujący, przyjmując, iż każdy z członków konsorcjum korzysta ze zwolnienia. Dla takiej oceny nie ma również znaczenia, czy pełny zakres usług przewidziany w SIWZ i ofercie zostanie w rzeczywistości zrealizowany. Jak wynika, bowiem z zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz stanowiska Zamawiającego, którego nie podważył Odwołujący, uwzględniając tylko część przedmiotu zamówienia, objętą stałym miesięcznym wynagrodzeniem oraz tę część, która dotyczy mycia istniejących obiektów i pewności zlecenia prac w zakresie mycia ekranów akustycznych i obiektów inżynierskich, wartość zamówienia, która na pewno będzie zrealizowana przekracza kwotę 400 000,00 zł.

Twierdzenie Odwołującego zawarte w odwołaniu, iż przesadzające jest to, że na dzień składania oferty korzystał ze zwolnienia, z uwagi na przepis art. 113 ust. 5 ustawy o podatku od towarów i usług, również nie może zostać uznane za przekonujące. Po pierwsze, w dniu składania oferty Odwołujący miał wiedzę, że tylko ma tym zamówieniu przekroczyć kwotę uprawniającą do zwolnienia z podatku VAT, a zatem gdyby nawet nie uzyskiwał wynagrodzenia z innych źródeł, to musiał liczyć się z utratą prawa do zwolnienia z podatku VAT w trakcie realizacji umowy, co oznacza, że powinien brać pod uwagę uprawnienie do korzystania ze zwolnienia w czasie realizacji zamówienia, przewidzianego do końca 2018 r., a nie jedynie w momencie składania oferty. Po drugie Odwołujący nie wykazał, iż rzeczywiście przysługiwało mu uprawnienie do zwolnienia z tego podatku. Jakkolwiek należy podzielić stanowisko Odwołującego zaprezentowane na rozprawie, iż Zamawiający w swoim wystąpieniu przed podjęciem czynności odrzucenia jego oferty, nie żądał wykazania takiego uprawnienia, to jednak w sytuacji, gdy Odwołujący kwestionuje decyzję Zamawiającego dotyczącą odrzucenia jego oferty, mając na uwadze przepis art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, iż strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, powinien udowodnić swoje twierdzenia w tym zakresie. Odwołujący natomiast nie tylko nie przedstawił dowodów na to, że korzysta ze zwolnienia z podatku VAT, ale na rozprawie stwierdził, iż nie da się przewidzieć, w którym momencie nastąpiłaby utrata zwolnienia podatkowego i jest bez znaczenia, na jakim poziomie Odwołujący by to wskazał, bowiem w żadnym wypadku nie jest możliwe, aby przyszłe faktury pokryły w 100% to, co ewentualnie

w sposób dzielony byłoby zaofertowane oraz, że gdyby doszło do przekroczenia progu uprawniającego do zwolnienia, to jest to objęte jego ryzykiem i faktury musiałyby być przez niego wystawiane w kwocie brutto. Oznacza to, że w takim przypadku musiałyby one obejmować podatek VAT, a zatem w toku realizacji zamówienia zmniejszona zostałaby wartość netto tych faktur. Tymczasem stosownie do postanowień SIWZ wykonawcy winni podać cenę oferty, która określała maksymalne wynagrodzenie wykonawcy i która podlegała ocenie. Zatem oferty winny uwzględniać wszystkie okoliczności mające wpływ na cenę, w tym także utratę zwolnienia z podatku VAT. W innym, bowiem przypadku występuje błąd w obliczeniu ceny oferty, skutkujący nieporównywalnością złożonych ofert, z których jedna zawiera należny 23% podatek VAT, a druga takiego podatku nie zawiera, pomimo, iż według twierdzeń Odwołującego, w trakcie realizacji umowy, miały być uwzględniane w fakturach.

W ocenie Izby wykonawca chcąc korzystać ze zwolnienia z VAT przy realizacji zamówienia publicznego, powinien zaofertować taką cenę, która przy uwzględnieniu jego ewentualnej innej sprzedaży, nie powodowałaby przekroczenia progu uprawniającego do zwolnienia z VAT. Nie chodzi przy tym o to, aby zawężać wykonawcom możliwość wyboru formy opodatkowania, lecz o to, aby zapewnić porównywalność ofert, jak również o to, aby realizacja zamówienia, także w zakresie płatności, odbywała się zgodnie ze złożoną ofertą.

W odniesieniu do przedmiotowego błędu nie znajduje zastosowania przepis art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, który nakazuje zamawiającemu poprawienie wskazanych w nim omyłek występujących w ofercie. W ocenie Izby błąd ten nie może być uznany za oczywistą omyłkę pisarską, jak również nie można go uznać za oczywistą omyłkę rachunkową. Nie stanowi on także innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnej zmiany oferty. Zamawiający nie wskazał w SIWZ stawki VAT. W związku z tym nie znajduje zastosowania wykładnia zawarta w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011r. sygn. akt III CZP 52/11, z której wynika możliwość poprawienia przez zamawiającego stawki podatku VAT w ofercie wykonawcy, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy Zamawiający wskazał stawkę tego podatku w SIWZ, a wykonawca zastosował w ofercie inną stawkę. Nadto ze stanowiska prezentowanego przez Odwołującego wynika, że zastosowanie przez niego w ofercie zwolnienia podatkowego, pomimo, iż cena oferty przekraczała ustawowy próg uprawniający do takiego zwolnienia, nie było wynikiem jego omyłki, lecz świadomego działania.

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie negocjacji między

zamawiającym a wykonawcą dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie w niej jakichkolwiek zmian, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2. Z przepisu tego wynika, że wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty. Odwołujący jednoznacznie wskazał w ofercie, że stosuje do podanej w niej ceny zwolnienie na podstawie art. 113 ustawy o podatku od towarów i usług. W ocenie Izby, Zamawiający, po analizie wypełnionego przez Odwołującego formularza ofertowego i jego załącznika w postaci formularza kalkulacji ceny oferty, mógł nie mieć wątpliwości dotyczących sposobu obliczenia przez Odwołującego ceny oferty. Tym samym brak wystąpienia o wyjaśnienia w tym zakresie nie może być uznany za naruszenie ww. przepisów przez Zamawiającego. Na marginesie należy zauważyć, iż, jak wyżej Izba ustaliła, Zamawiający wystąpił o wyjaśnienia m.in. w zakresie, który z konsorcjantów i na jakiej podstawie korzysta ze zwolnienia z podatku VAT, tj. o podanie informacji, które wprost nie wynikały z oferty, a miały znaczenie dla jej oceny.

Nie potwierdziły się także zarzuty naruszenia oraz art. 90 ust. 1 w związku z art. 90 ust. 3, a także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający wezwał Wykonawcę KATEL s.c. do złożenia wyjaśnień, dotyczących wyliczenia ceny, a wykonawca ten udzielił tych wyjaśnień, które Zamawiający zasadnie ocenił, iż nie potwierdzają, iż istotne części składowe ceny oferty są rażąco niskie oraz nie wskazują, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę.

Ustawa Pzp nie zawiera definicji rażąco niskiej ceny. W orzecznictwie i doktrynie przyjmuje się, że występuje ona m.in., *gdy jest nierealistyczna, gdy nie budzi wątpliwości, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie za nią przedmiotu zamówienia byłoby nieopłacalne, gdy różnica cen nie będzie możliwa do uzasadnienia obiektywnymi okolicznościami pozwalającymi wykonawcy zrealizować to zamówienie bez strat i dodatkowego finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne* (por. m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 r. sygn. akt XII Ga 88/09 – LEX nr 52013).

Stosownie do art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach powinien nie tylko przedstawić zastosowaną kalkulację oferty, ale też przedłożyć dowody, które uzasadniają przyjętą przez niego wycenę przedmiotu zamówienia. W przypadku złożenia wyjaśnień przez wykonawcę, *jeżeli zamawiający nie stwierdzi rażąco niskiej ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 kc, zgodnie, z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na tym, kto z faktu tego wywodzi skutki prawne* (por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07). Ciężar dowodu w zakresie nieprawidłowej oceny wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, dokonanej przez Zamawiającego, a w konsekwencji istnienia w ofercie Przystępującego rażąco niskiej ceny, spoczywał na Odwołującym. Wobec objęcia wyjaśnień tajemnicą



przedsiębiorstwa, Odwołujący miał w tym zakresie utrudnione zadanie, jednakże z uwagi na to, iż jako tajemnicą przedsiębiorstwa została objęta jedynie kalkulacja powykonawcza z rok 2017 r. i kalkulacja ceny ofertowej na 2018 r. Odwołujący mógł i podjął próbę wykazania, z jakich powodów, oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę, z jakich względów wyjaśnienia przedstawione przez Przystępującego, nie mogły służyć uznaniu, że oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny. Jednakże argumentacja przedstawiona przez Odwołującego, koncentrująca się na cenie za jeden z elementów zamówienia, tj. cenie za usuwanie graffiti określonej przez Przystępującego na poziomie 1 zł i wywodzenie, iż usuwanie graffiti stanowi istotną część składową i w związku z tym cena zaoferowana za tę usługę jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby Zamawiający w przytoczonej powyżej odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, za sprawą przedstawionych dowodów, w szczególności w postaci zestawienia dotyczącego realizacji umowy TZ/II/6/2017 z dnia 21 lutego 2017 r., Zamawiający wykazał, iż usługi usuwania graffiti nie stanowią istotnej części składowej przedmiotu zamówienia, skoro wynagrodzenie z tego tytułu stanowiło 0,7% wynagrodzenia wypłaconego w ramach tej umowy, wynoszącego 744 000,00 zł. Ponadto usuwanie graffiti odnosi się do powierzchni 4 250 m<sup>2</sup>, natomiast mycie do powierzchni 524 500 m<sup>2</sup>, co również stanowi niewielki udział w przedmiocie zamówienia, wynoszący mniej niż 1%. Nawet, zatem jeśli założyć wzrost potrzeb w tym zakresie w ramach przedmiotowego zamówienia, to przy uwzględnieniu, iż wynagrodzenie określone w ofercie jest maksymalnym, jakie może zostać wypłacone oraz, że zawierają się w nim stałe usługi objęte wynagrodzeniem ryczałtowym jak również inne usługi, w tym mycie znacznych powierzchni, w tym obiektów inżynierskich, nie można przyjąć, iż usuwanie graffiti stanowi istotną część składową przedmiotu zamówienia. Ponadto sam Odwołujący w odwołaniu, z tym, że na uzasadnienie postawionego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, przyznał, że usuwanie graffiti zdarza się sporadycznie, a sposób kalkulacji ceny oferty Przystępującego, zapewnia mu osiągnięcie zysku na tym zamówieniu.

Nadto Odwołujący nie wykazał, iż zaoferowana przez Przystępującego cena jest ceną nierynkową. Przedstawione przez Odwołującego w odwołaniu ogólne argumenty w tym zakresie, np. dotyczące ogólnodostępnych cen środków do usuwania graffiti, przy jednoczesnym przyznaniu możliwości posiadania uprawnienia do rabatów, nie mogą być uznane za przekonujące. Przystępujący natomiast w swoich wyjaśnieniach przedstawił m.in. dowód na to, iż za wykonanie takich usług pojawiają się także ceny niższe, niż zaoferowane przez niego, tj. wynoszące 0,5 zł. Również Zamawiający wskazał, iż w 2017 r. płacił za tę usługę kwotę 1 zł.

Wyjaśnienia złożone przez Przystępującego, wskazują m.in. na zysk wykonawcy osiągniany na zamówieniu oraz zawierają dowody wskazujące, iż istnieje duże zróżnicowanie wśród wykonawców, co do wyceny podobnych czy analogicznych usług. We wskazanych przez Przystępującego przypadkach usługi usuwania graffiti są zdecydowanie wyżej wycenione, przez Odwołującego, niż są wyceniane przez innych wykonawców. Pokazuje to, że wbrew stanowisku Odwołującego, zaprezentowanemu na rozprawie, w ocenie Izby, ewentualnej istotności tego elementu składowego przedmiotu zamówienia, nie można wiązać z przedstawioną przez niego wyceną tych usług.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, na uwagę zasługuje również to, iż cena oferty netto Przystępującego jest jedynie o 57 956,50 zł niższa niż cena netto oferty Odwołującego. Różnica ta mogłaby być zasadniczo zmniejszona lub całkowicie zlikwidowana, w sytuacji uwzględnianej przez samego Odwołującego, co wynika z jego oświadczenia na rozprawie, tj. w przypadku przekroczenia progu uprawniającego do zwolnienia z podatku VAT, skutkiem czego dotychczasowa cena przestałaby być ceną zarówno netto jak i brutto, bowiem uwzględniony byłby w niej podatek VAT. Tym samym cena netto uległaby zmniejszeniu. Skoro Odwołujący liczy się z takim zmniejszeniem ceny netto, to należy przyjąć, iż również on ocenia, iż jest możliwe wykonanie zamówienia za cenę zbliżoną, a nawet niższą niż cena netto zawarta w ofercie Przystępującego.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący nie wykazał, iż oferta złożona przez Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wiąże czyn nieuczciwej konkurencji ze sztucznym, jego zdaniem, zaniżeniem przez KATEL s.c. ceny za usuwanie graffiti, przy jednoczesnym ustaleniu cen zbliżonych do rynkowych dla innych usług objętych zamówieniem. Według Odwołującego Przystępujący wykorzystuje swoją wiedzę wynikającą z jego doświadczenia, iż usługa usuwania graffiti występuje rzadko i dlatego oferuje jej wykonanie za niską kwotę, w celu obniżenia ceny oferty, ponieważ wie, że i tak osiągnie zysk na zamówieniu.

Uzupełniająco należy wskazać, iż na rozprawie Odwołujący zaprezentował stanowisko, z którego wynika, iż przy kalkulacji ceny oferty Odwołujący może odwoływać się do okresów minionych i wcześniej udzielonych zamówień, ponieważ tylko na tej podstawie może dokonać oceny ryzyka kalkulacji swojej oferty, bowiem wiąże się to w jego przypadku ze stroną podatkową i ewentualnym utrzymaniem zwolnienia z podatku VAT, natomiast Przystępujący nie ma takiego uprawnienia.

Należy stwierdzić, iż wbrew stanowisku Odwołującego okoliczność, iż uwzględnia on korzystanie ze zwolnienia podatkowego, nie może wyłączać zasady równego traktowania

wykonawców oraz uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Każdy z wykonawców może czerpać z własnego doświadczenia, z zastrzeżeniem, że musi to dotyczyć działań zgodnych z obowiązującymi przepisami i dobrymi obyczajami.

W ocenie Izby argumentacja Odwołującego nie potwierdza stawianego przez niego zarzutu. Czynem nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Odwołujący nie wykazał, aby działanie Przystępującego wyczerpywało te przesłanki, jak również nie wykazał, aby np. utrudniało innym przedsiębiorcom dostęp do rynku.

Stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie zostały zawarte w odwołaniu. Dlatego Izba nie rozpatrywała, przedstawianych na rozprawie, kwestii czynu nieuczciwej konkurencji, dotyczącej tworzenia przez Odwołującego z osobami powiązаныmi różnych konfiguracji konsorcjów, dla wykorzystania przysługujących im zwolnień z podatku VAT oraz wykorzystywania powstałej w ten sposób przewagi konkurencyjnej.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania i z uwzględnieniem uzasadnionych kosztów zastępstwa prawnego Zamawiającego, na podstawie rachunku, złożonego przed zamknięciem rozprawy, w wysokości określonej w § 3 pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

**Przewodniczący:** .....