

**WYROK**  
z dnia 6 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Magdalena Grabarczyk  
Przemysław Dzierzędzki  
Dagmara Gałczewska-Romek

**Protokolant:** Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 października 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Megatherm Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Chmielowicach, A..... Ś..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą PUH ANN-POL A..... Ś....., B..... Ś..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych „Śmigiel” B..... Ś..... w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Państwowe Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EKO-JAGR Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Woli i Fides s.c. W..... B..... J..... N..... w Woli zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Państwowe Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EKO-JAGR Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Woli i Fides s.c. W..... B..... J..... N..... w Woli;
2. kosztami postępowania obciąża Państwowe Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Megatherm Spółki z

ograniczoną odpowiedzialnością w Chmielowicach, A..... Ś..... prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą PUH ANN-POL A..... Ś..... w Opolu, B..... Ś..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych „Śmigiel” B..... Ś..... w Opolu tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza od Państwowego Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Megatherm Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Chmielowicach, A.....Ś..... prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą PUH ANN-POL A..... Ś..... w Opolu, B..... Ś..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych „Śmigiel” B..... Ś..... w Opolu kwotę 19 128, 51 zł 00 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy sto dwadzieścia osiem złotych pięćdziesiąt jeden groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze 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

Zamawiający – Państwowe Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest utrzymanie czystości w obiektach Państwowego Muzeum Auschwitz-Birkenau w Oświęcimiu wraz z przejściem pracowników zamawiającego.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27 czerwca 2012 r., pod numerem 2011/S 121-200912.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

9 października 2012 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia EKO-JAGR Sp. z o.o. w Woli i Fides s.c. W..... B..... J..... N..... w Woli (dalej: „Konsorcjum EKO-JAGR”).

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Megatherm Sp. z o.o. w Chmielowcach, A..... Ś..... prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo - Handlowe „ANN-POL” A..... Ś..... w Opolu, Bogusław Śmigiel prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych „Śmigiel” w Opolu

wnieśli odwołanie w terminie ustawowym. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez nieodrzućenie oferty Konsorcjum EKO-JAGR, które w ofercie zastosowało błędną stawkę podatku VAT nie dokonując podziału na sprzątnię powierzchni wewnętrznych, które są opodatkowane stawką 23 % podatku VAT I i powierzchni zewnętrznych, które są opodatkowane 8% stawką podatku VAT;

art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez nieodrzućenie oferty Konsorcjum EKO-JAGR pomimo, że złożenie oferty przez Konsorcjum stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez nie odrzućenie oferty Konsorcjum EKO-JAGR pomimo, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Konsorcjum EKO-JAGR, ponownej oceny ofert oraz odrzucenia oferty Konsorcjum EKO-JAGR oraz wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Wniósł też o przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania i o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów wpisu oraz opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa.

W uzasadnieniu odwołujący wywiódł, że przedmiot zamówienia obejmuje utrzymanie czystości w obiektach i na terenach, zatem przy obliczaniu ceny oferty zastosowanie znajdują różne stawki podatku VAT, gdyż zgodnie z pkt 174 i 176 załącznika nr 3 do ustawy o VAT dla czynności usługi zmiatania śmieci i usuwania śniegu oraz usług związanych z zagospodarowaniem terenów zieleni przewidziana jest stawka 8%. Odwołujący wskazał, że zamawiający wymagał podania ceny brutto za wykonanie całości zamówienia oraz ceny brutto za miesiąc wykonywania usługi bez wyszczególniania stawki VAT, jednak z wyjaśnień z 4 września 2012 roku, w których wskazana została miesięczna cena netto, odwołujący powziął wiadomość, że do obliczenia ceny oferty Konsorcjum EKO-JAGR przyjęta została wyłącznie stawka VAT 23%.

Podniósł, że stanowi to nieusuwalny błąd w obliczeniu ceny oferty powodujący obowiązek jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, co potwierdza stanowisko doktryny i orzecznictwa – w szczególności uzasadnienia uchwał Sądu Najwyższego z 21 października 2011r. (III CZP 52/11 i III CZP 53/11) oraz uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z 12 czerwca 2012r. (KIO/KD 54/12). Odwołujący podkreślił obowiązek wykonawcy zastosowania prawidłowej stawki podatku VAT przy obliczaniu ceny oferty oraz obowiązek zamawiającego weryfikacji prawidłowości przyjętej stawki podatku.

Naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp odwołujący upatrywał w tym, że Konsorcjum EKO-JAGR w ofercie „zastosowało stawkę poniżej kosztów świadczenia usługi”, co wypełniało dyspozycję art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż spowodowało utrudnienie dostępu do rynku oraz eliminację odwołującego z przetargu.

Odwołujący zarzucił, że zaoferowana przez Konsorcjum EKO-JAGR cena miesięczna netto 54.600 zł, jest stawką niewystarczającą dla pokrycia kosztów świadczenia usługi.

Odwołując się do treści wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum EKO-JAGR argumentował, że nie wskazało, w jakim okresie cena wykonywania usługi może przewyższać koszt sprzedaży. Wywodził, że usługi sprzątnięcia charakteryzują się względnie stałymi kosztami świadczenia usługi oraz stałymi przychodami. Wyjaśnił, że do wykonania przedmiotu zamówienia nie są niezbędne nakłady, należy jednak oczekiwać, że koszty świadczenia usługi mogą rosnąć z każdym rokiem. Przyczyniać się do tego będzie wzrost minimalnego wynagrodzenia z każdym rokiem kalendarzowym, zużycie dotychczasowego

sprzętu i konieczność zakupu nowego przy rosnących cenach rynkowych, wzrost obciążeń publiczno-prawnych itp.

Odwołujący podniósł, że zamiar zwolnienia pracowników przejętych od Zamawiającego na podstawie art. 23<sup>1</sup> kodeksu pracy może świadczyć, że wykonawca nie będzie chciał w sposób należyty wykonać przedmiotu zamówienia, a zwolnienie pracowników, którzy *de facto* posiadają umowy o pracę zawarte na czas nieokreślony, może naruszać przepisy prawa pracy. Wskazał, że wykonanie przedmiotu zamówienia przez 47 miesięcy będzie wymagało kilkunastu, a może nawet kilkudziesięciu pracowników. Zauważył, że Konsorcjum EKO-JAGR w wyjaśnieniach z 4 września 2012r. oświadczyło, że zatrudnienie przyszłych pracowników może wiązać się z refundacją kosztów ich wynagrodzenia, jednak bez wyjaśnienia jednak z jakiego tytułu będzie otrzymywał refundację.

Odwołujący zarzucił, że Konsorcjum EKO-JAGR nie uwzględniło wszystkich kosztów świadczenia usługi. Oceniał, że wskazywana w wyjaśnieniach przewyższająca wykazane koszty kwota 7.000 złotych, powinna pokryć straty z innych miesięcy. Zwrócił uwagę, że w kalkulacji cenowej i wyjaśnieniach złożonych w 4 września 2012r. Konsorcjum EKO-JAGR nie uwzględniło kosztów: świadczenia usług zastępstwa za czas urlopów, osoby obecnej w godzinach pracy Muzeum posiadającej telefon komórkowy odpowiedzialnej za bezpośrednie utrzymanie toalet i uzupełnień środków higienicznych i wykonanie prac interwencyjnych; minimum 1 osoby koordynującej prace personelu wykonawcy, która zagwarantuje stały i bieżący nadzór nad pracownikami wykonawcy. Podniósł, że zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego w celu należytego wykonania usługi należy zatrudnić jeszcze kilka osób, a Konsorcjum EKO-JAGR nie przewidziało również kosztów zatrudnienia osób niezbędnych do wykonania zamówienia, kosztów związanych z tzw. zastępstwem podczas choroby osób zatrudnionych, kosztów szkoleń BHP, szkoleń przeciwpożarowych, ani kosztów badań lekarskich. Podsumował, że Konsorcjum EKO-JAGR nie uwzględniło łącznie kosztów w wysokości 12.075,00 złotych miesięcznie i podkreślił, że dodatkowe osoby muszą zostać zatrudnione na umowę o pracę, gdyż zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w umowie nakazał sporządzać grafik pracowników, a czynności tych osób będą wykonywane w warunkach umowy o pracę.

Odwołujący wywiódł zatem, że cena zaoferowana przez Konsorcjum EKO-JAGR nie tylko wskazuje na konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, ale też jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna zostać odrzucona również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp.

Podniósł również, że zamawiający powziął wątpliwości co do ceny oferty Konsorcjum EKO-JAGR, gdyż wezwał Konsorcjum do wyjaśnienia kalkulacji złożonej oferty, jednak

błędnie ocenił złożone wyjaśnienia, mimo że w innych przetargach odrzucał oferty z uwagi na nieprecyzyjne wyjaśnienie ceny.

Konsorcjum EKO-JAGR przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

#### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę ocenioną przez zamawiającego, jako druga w kolejności, po uznanej za najkorzystniejszą ofercie przystępującego. Odwołujący ma interes w uzyskaniu danego zamówienia, a zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, mimo że nie wszystkie zarzuty znalazły potwierdzenie.

Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Przedmiot zamówienia, zgodnie z postanowieniem rozdziału III pkt 1.1. specyfikacji, stanowi usługa utrzymania czystości w obiektach o powierzchni 20.158,95m<sup>2</sup> oraz na terenach o powierzchni 1.073.244m<sup>2</sup> wraz z przejęciem pracowników zamawiającego. Obiekty to 25 budynków oraz 8 wystaw narodowych.

Cena jest jedynym kryterium oceny ofert. W rozdziale XI specyfikacji zamawiający postanowił, że za najkorzystniejszą uzna ofertę z najniższą całkowitą ceną brutto.

Ustalając sposób obliczenia ceny oferty, zarówno w postanowieniach rozdziału X specyfikacji, jak i w formularzu ofertowego, stanowiącym załącznik nr 9 do specyfikacji, zamawiający żądał podania wyłącznie miesięcznych cen brutto bez podziału na usługę utrzymania czystości obiektów oraz terenów oraz całkowitej ryczałtowej ceny brutto

stanowiącej iloczyn cen miesięcznych oraz 47 miesięcy, na okres których ma zostać zawarta umowa.

Odpowiada to prawu, gdyż zgodnie z art. 2 pkt 1 Pzp przepisy ustawy posługują się pojęciem „ceny” w rozumieniu art. 3 ust. pkt 1 Pzp ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz.U. Nr 97, poz. 105 ze zm.), a więc uwzględniającej podatek od towarów i usług. Wymaganie podania wyłącznie cen brutto uzasadnione jest również specyfiką przedmiotu zamówienia i długim okresem 47 miesięcy na jaki ma zostać zawarta umowa.

Jest bezsporne między stronami, że powierzchnia terenów jest znacząco większa, niż powierzchnia obiektów, jednak koszty jej utrzymania są, co do zasady, mniej czaso- i kosztochłonne. Realne koszty, które poniesie wykonawca w związku z utrzymaniem czystości terenów są ponadto uzależnione od warunków atmosferycznych – opadów śniegu. W okresie obowiązywania umowy może nastąpić zmiana stawek podatku od towarów i usług.

Nie ma sporu, co do tego, że przedmiot zamówienia jest opodatkowany dwoma stawkami podatku od towarów i usług – podstawowej 23% w odniesieniu do obiektów oraz preferencyjnej 8% do terenów.

Przystępujący złożył ofertę na formularzu według wzoru przygotowanego przez zamawiającego podając żądane ceny brutto bez wskazania stawki podatku. Natomiast cenę netto za miesiąc wykonywania usługi wskazał w wyjaśnieniach udzielonych zamawiającemu w piśmie z 4 września 2012r. - odpowiedzi na dokonane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę.

Sąd Najwyższy w uchwałach z 21 października 2011r. (III CZP 52/11 i III CZP 53/11), potwierdził pogląd wyrażany wcześniej w doktrynie i orzecznictwie, że błędne podanie w treści oferty stawki podatku od towarów i usług przyjętego do obliczania ceny oferty stanowi błąd w obliczeniu ceny, który w braku ustawowych podstaw do poprawienia, powoduje konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Nawiązując do sentencji uchwał Izba zważyła, że nie każdy błąd w zakresie stawki podatku powinien nieść skutek w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Po pierwsze: Nie można pomijać okoliczności danego przypadku, w tym sposobu obliczania ceny wskazanego przez zamawiającego stosownie do art. 36 ust. 1 pkt 12 Pzp. Poglądem jednolicie wyrażanym w doktrynie i orzecznictwie jest, że czynności dokonywane przez zamawiającego w toku postępowania muszą mieć umocowanie w przepisach prawa i wymaganiach specyfikacji lub ogłoszenia zamówieniu. Badanie ceny oferty może zatem nastąpić wyłącznie w odniesieniu do sposobu jej obliczenia wskazanego w specyfikacji. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp następuje w sytuacji, gdy opisane w

specyfikacji wymagania zamawiającego w tej mierze nie zostały uwzględnione w ofercie wykonawcy.

Wyprowadzanie z treści uzasadnienia uchwał Sądu Najwyższego nakazu badania przez zamawiającego stawki podatku niezależnie od okoliczności danej sprawy jest nieuzasadnione. Dostrzec trzeba bowiem, że Sąd Najwyższy w powołanych uchwałach odnosił się do możliwości poprawienia stawki podatku od towarów i usług wskazanej w treści oferty. Do ewentualnego poprawienia stawki podatku może wszak dojść jedynie w sytuacji, gdy została ona w ofercie wskazana.

Zamawiający w badanym postępowaniu, nie wymagał podania stawki podatku, a jak pokazały wyniki postępowania odwoławczego, punktem odniesienia dla obliczenia ceny może być, albo cena za utrzymanie czystości jednego metra obiektu i terenu liczone oddzielnie, wówczas jej proporcje kształtują się według udziału powierzchni obiektów i terenów w ogólnej powierzchni (jak to uczynił odwołujący), albo w odniesieniu do kosztów ocenianych całościowo, co doprowadziło przystępującego, zgodnie oświadczeniem złożonym na rozprawie do ukształtowania proporcji udziału obiektów i terenów w łącznej cenie usługi sprzątania jako 40% i 60%. Podkreślić trzeba ponownie, że w formularzu ofertowym zamawiający nie wyodrębnił usług utrzymania czystości terenów, cenę za jej wykonanie wykonawca winien uwzględnić w miesięcznej ryczałtowej cenie usług utrzymania czystości obiektów wystaw narodowych i pozostałych 25 obiektów, które zostały wskazane w formularzu.

W takiej sytuacji brak jest też możliwości ustalenia wpływu błędnej stawki podatku VAT w odniesieniu do usługi utrzymania czystości terenów na wysokość ceny za miesiąc świadczenia usługi i na łączną cenę oferty.

Po drugie: *ratio legis* art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp jest ochrona zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia, którym jest zagrożony w razie błędnego obliczenia ceny oferty. Uznanie błędnej stawki podatku od towarów i usług za błąd w obliczeniu ceny chroni uczciwą konkurencję, gdyż wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia nie powinni konkurować ze sobą przez zaniżanie stawek podatkowych. Posługiwanie się niższą, niż wynikającą z przepisów stawką podatku od towarów i usług, godzi w zasady wynikające z art. 7 ust. 1 Pzp i zmniejsza należne wpływy do budżetu.

Dostrzeżenia wymaga zatem, że posłużenie się podstawową stawką podatku VAT, w sytuacji, gdy zastosowanie mogłaby znaleźć stawka preferencyjna, nie mieści się w tak zakreślonym *ratio legis* art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Nieracjonalne i sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa zamawiającego do badania ceny oferty byłoby przyjęcie, że oferta, w której cenie mieści się podstawowa stawka podatkowa, a która mimo tego jest najkorzystniejsza (zwłaszcza przy określeniu ceny jako jedynego kryterium oceny ofert, podlega odrzuceniu, gdyż przy przyjęciu stawki preferencyjnej jej cena byłaby niższa.



Taki pogląd prowadziłby do eliminacji ofert najkorzystniejszych i nakazywania zamawiającym wyboru ofert mniej dla nich korzystnych, co nie zasługuje na ochronę, nie mieści się bowiem w *ratio legis* ustawy Prawo zamówień publicznych.

Celem postępowania o udzielenie zamówienia, jak wynika w szczególności z definicji zawartych w art. 2 pkt 5 i 7a Pzp, nie jest bowiem wybór oferty najbardziej prawidłowej formalnie, lecz oferty złożonej przez wykonawcę, który wykazał spełnianie warunków udziału w postanowieniu, zgodnej z opisanymi wymaganiami zamawiającego, w tym również dotyczącymi sposobu obliczania ceny oraz zawierającej najniższą cenę lub najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

Reasumując, Izba stwierdza, że skoro zamawiający wymagał wyłącznie podania miesięcznych cen brutto i całkowitej ceny oferty brutto, oferta przystępującego której cena została ustalona z zastosowaniem podstawowej stawki podatku od towarów i usług 23 % nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Zamawiający wartość przedmiotu zamówienia oszacował na podstawie rozeznania rynku i wydatków poniesionych w latach poprzednich, w zakresie zamówienia podstawowego na kwotę 4.800.000 zł. Kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotu zamówienia wynosi 5.904.000 zł brutto.

W specyfikacji zamawiający opisał przedmiot zamówienia również w zakresie warunków pracy i płacy przejmowanych pracowników.

Zasady ich wynagradzania oraz otrzymywane świadczenia były przedmiotem szczegółowych pytań wykonawców zadawanych w toku postępowania.

Przystępujący złożył ofertę z ceną 3.156.426 zł brutto.

Pismem z 31 sierpnia 2012r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Wskazał, że cena oferty znacznie odbiega od wartości zamówienia i wymagał udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na jej cenę oraz obiektywnych czynników mających wpływ na wysokość ceny w szczególności oszczędność metod wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków dostępnych wykonawcy, wpływu pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, a także innych obiektywnych czynników, które zdaniem wykonawcy mają wpływ na kalkulację zaproponowanej ceny. Zamawiający zalecił, aby wykonawca przedstawił dowody, takie jak np. wyliczenia, kalkulację cenową, szacunek zysków i kosztów, potwierdzających, że zaoferowana cena umożliwia realizację zamówienia z należytą starannością oraz osiągnięcie zysku.

Przystępujący złożył wyjaśnienia, w których wskazał zakładane koszty w ich podstawowych 4 rodzajach:

- płace pracownicze wraz z narzutami dodatkowymi oraz innymi świadczeniami;
- środki higieny;
- maszyny i urządzenia oraz środki czystości potrzebne do realizowania usługi;
- dzierżawa pomieszczeń.

W zakresie kosztów pracowniczych przystępujący wskazał, że pracownicy, którzy zostaną zatrudnieni w miejsce osób, które przejdą na emeryturę będą zatrudnieni ze znacząco niższym, a nawet częściowo refundowanym kosztem wynagrodzeń. Oświadczył, że posiada znaczne ilości sprzętu, co powoduje, że przyjął do kalkulacji wyłącznie koszty uzupełnienia urządzeń oraz zakupu niezbędnych środków czystości. Podkreślił, że przejęci pracownicy będą pracownikami spółki cywilnej FIDES, zatem koszty związane z obsługą pracowników oraz kontaktami z zamawiającym będą minimalne, gdyż będą wykonywane osobiście przez właścicieli.

Przystępujący wyjaśnił też, że w niektórych miesiącach 47 miesięcznego okresu realizacji umowy koszty mogą być wyższe – nawet przekraczające sprzedaż. Wskazał, że płace pracowników i inne przywileje są aktualnie wyższe, niż przewidywane przepisami, co może przynieść w dłuższej perspektywie znaczące oszczędności z uwagi na uzyskanie praw emerytalnych przez część z nich. Podniósł, że z uwagi na miejsce siedziby oraz wykonywanie usług na terenie Oświęcimia koszty dojazdów będą zredukowane do minimum. Przystępujący podkreślił również, że pozostała po podsumowaniu kosztów kwota 7.000 zł, posłuży finansowaniu innych drobnych wydatków i osiągnięcia zysku. Złożone wyjaśnienia nie dają podstaw do przyjęcia, że przystępujący zamierza zwolnić przejmowanych pracowników zamawiającego.

Na rozprawie przystępujący oświadczył, że kalkulując cenę oferty uwzględnił wykonywanie przedmiotu zamówienia przez 15 osób.

To oświadczenie oceniane wespół ze złożonymi wyjaśnieniami oraz zestawione z wymaganiami zamawiającego opisanymi w specyfikacji doprowadziło Izbę do konstatacji, że przystępujący nie uwzględnił wszystkich niezbędnych i wymaganych kosztów związanych z wykonaniem zamówienia.

Przypomnieć trzeba w tym miejscu, że obiekty i teren zamawiającego są miejscem szczególnym, zarówno ze względu na znaczenie historyczne, ale też ze względu na olbrzymi obszar i liczbę odwiedzających, która zgodnie z postanowieniem rozdziału III pkt 1.2. specyfikacji wynosiła 1,3 mln osób. Koszty związane z wykonaniem usługi sprzątnięcia są względnie stałe w całym okresie jej obowiązywania a część mającą przesądzające znaczenie dla ich wysokości stanowią koszty osobowe.

W postanowieniach rozdziału III pkt 2.10 i 2.11 specyfikacji zamawiający ustalił, że przejściu podlegać będzie 15 pracowników, jednak liczba ta nie jest adekwatna do wykonania zamówienia. Izba nie podzieliła poglądu przystępującego, że słowo „adekwatny” może oznaczać zarówno możliwość wykonania zamówienia przez mniejszą, jak i większą liczbę pracowników. Poglądu tego nie wspierają pozostałe postanowienia specyfikacji rozdziału III pkt 2.4 i 5 specyfikacji, gdzie zamawiający wymagał odpowiednio jednej osoby obecnej w godzinach otwarcia muzeum, posiadającej telefon komórkowy odpowiedzialnej za utrzymanie czystości w obiektach i na terenach muzeum polegające na bieżącym utrzymaniu czystości toalet, uzupełnianiu środków higieny w toaletach ogólnodostępnych, wykonaniu wszelkich prac interwencyjnych oraz zagwarantowania i wskazania co najmniej jednej osoby koordynującej prace zespołu wykonawcy, która zapewni stały, bieżący nadzór nad pracownikami wykonawcy. Potwierdził to również w wyjaśnieniach z 24 lipca 2012r., gdzie w pkt 40 wskazał, że nie wymaga minimalnej obsady pracowników za wyjątkiem pkt III.2.4. (interwencja).

Izba uznała, w oparciu o powyższe, że powołane przez przystępującego 15 osób jest liczbą niewystarczającą do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Przystępujący nie wskazał kosztów związanych z zatrudnieniem dodatkowych osób w złożonych wyjaśnieniach. Pełnienie funkcji wskazanych w rozdziału III pkt 2.4 i 5 przez wspólnika spółki FIDES nie zwalnia wykonawcy od uwzględnienia kosztów takiej osoby. Osoby takie w każdym przypadku generują koszt, który winien zostać uwzględniony w cenie oferty, nawet jeśli czynności te wykonywane będą przez jednego z wykonawców osobiście. Wspólnik spółki cywilnej podlega wszak ubezpieczeniu społecznemu, a prowadzenie działalności w formie spółki cywilnej generuje również inne koszty związane z funkcjonowaniem przedsiębiorstwa (koszty ogólnozakładowe). Koszty te winne być uwzględnione w cenie oferty, gdyż cena oferty prawidłowo skalkulowana, to cena obejmująca wszystkie koszty ponoszone przez wykonawcę w związku z wykonywaniem zamówienia.

Sprzeczne z doświadczeniem życiowym byłoby przyjęcie, jak chciałby przystępujący, że czynności wskazane w postanowieniach rozdziału III pkt 2.4. i 5 specyfikacji będą wykonywane przez właściciela, w sytuacji, gdy przystępujący wskazał, że realizuje jest wiele innych umów.

Izba uznała, że treść złożonych wyjaśnień w wielu punktach jest ogólna w stopniu nie pozwalającym na uznanie, że przystępujący jest w stanie za oferowaną cenę należycie wykonać zamówienie w ciągu 47 miesięcy. Wskazywana jest możliwość uzyskania oszczędności na wynagrodzeniach jednak bez chociażby przybliżonego rozmiaru tych oszczędności. Istotnie, Zakładowy Układ Zbiorowy Pracy, którymi objęci są podlegający przejściu pracownicy zamawiającego jest dla nich znacznie korzystniejszy w stosunku do regulacji ogólnych prawa pracy. Nie oznacza to jednak, że po wygaśnięciu układu warunki pracy i płacy będą kształtowane przez przystępującego całkowicie dowolnie. Wskazał to zamawiający w treści specyfikacji odsyłając do art. 26<sup>1</sup> ust. 1-3 ustawy z dnia 23 maja 1991 roku o związkach zawodowych

zobowiązujących m.in. do poinformowania działających w zakładzie związków zawodowych o zamierzonych działaniach dotyczących warunków zatrudnienia, w szczególności warunków pracy, płacy i przekwalifikowania oraz do podjęcia negocjacji w celu zawarcia porozumienia dotyczącego warunków zatrudnienia.

Nieskuteczne jest powołanie się na możliwość uzyskania refundacji. Przepis art. 90 ust. 2 Pzp wymaga podania wpływu uzyskanej pomocy publicznej na cenę oferty, czego przystępujący nie uczynił. Po wtóre: przystępujący nie udowodnił możliwości korzystania z tej pomocy. Izba nie uwzględniła zaświadczeń składanych jako dowód. Przede wszystkim przystępujący odmówił ich okazania stronom i nie złożył ich z kopiami wymaganymi § 24 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań. Z tego powodu nie zostało też uwzględnione zaświadczenie Urzędu Skarbowego w Pszczynie, złożone do akt sprawy z jedną kopią.

W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, że brak ponoszenia kosztów dojazdu przez przystępującego jest czynnikiem mającym istotny wpływ na cenę oferty.

Przystępujący założył wprawdzie rezerwę 7.000 zł, jednak wyniki postępowania przed Izbą nie pozwalają na przyjęcie, że jest ona wystarczająca dla wykonania zamówienia oraz osiągnięcia zysku.

Wyjaśnienia z 4 września 2012r. nie uwzględniają kosztów związanych z urlopami i nieobecnością pracowników.

Izba nie dała wiary złożonym na rozprawie wyjaśnieniom przystępującego o braku ponoszenia przez niego kosztów zastępstwa za okres zwolnień lekarskich oraz urlopu pracowników

Są to istotne koszty związane z wykonaniem zamówienia. Wskazuje na to chociażby fakt, że świadczenia wypłacane przez zamawiającego w związku z absencją pracowników były przedmiotem szczegółowych pytań wykonawców, na które zamawiający udzielał precyzyjnych odpowiedzi w wyjaśnieniach z dnia 24 lipca 2012r. Nie było zatem żadnych przeszkód do oszacowania ich wysokości przez przystępującego.

Przystępujący oświadczył na rozprawie, że nie poniesie tych kosztów, bowiem dysponuje innymi pracownikami, którymi może zastąpić nieobecnych pracowników.

Analogicznie jak w przypadku osoby odpowiedzialnej za nadzór i prace interwencyjne, Izba wskazuje, że cena oferty winna zawierać wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia. Wykonawca ponosi koszty zatrudnienia osób zastępujących nieobecnych pracowników i cena oferty powinna je uwzględniać.

Przystępujący popada też w sprzeczność, gdy wywodzi, że skoro posiada innych pracowników, którymi może się posłużyć w takiej sytuacji, to nie ponosi kosztów zastępstwa, z drugiej strony wskazuje, że zakładane większe koszty związane z początkiem realizacji umowy wynikają z konieczności zatrudnienia pracowników, w razie zwolnień lekarskich pracowników przejętych.

Przystępujący nie wskazał w złożonych wyjaśnieniach kosztów szkoleń BHP, badań lekarskich pracowników. Na rozprawie wykazywał, że nie są one znaczące wobec całości ceny realizacji zamówienia. Izba uznała, że argumentacja ta byłaby trafna w sytuacji, gdy byłyby to jedyne koszty niewykazane w złożonych wyjaśnieniach. Są to jednak kolejne koszty pominięte przez przystępującego.

Izba ocenia, że z pominięć tych zdaje sobie sprawę sam zamawiający, który oświadczył na rozprawie, że nawet w sytuacji, w której zamówienie jest realizowane nieco poniżej kosztów nie można mówić o rażąco niskim charakterze ceny. Pogląd ten jest nietrafny.

Przeciwnie, zgodnie ze stanowiskiem jednolicie prezentowanym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, cena rażąco niska, to cena za wykonanie zamówienia poniżej kosztów jego wykonania, nie pozwalająca na osiągnięcie zysku.

Oferta wykonawcy który nie złożył wyjaśnień, bądź złożył wyjaśnienia niewystarczające, powinna podlegać odrzuceniu, lecz nie w związku z konstatacją, że cena jest rażąco niska, ale na podstawie domniemania, wynikającego ze złożenia niedostatecznych wyjaśnień (tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 20 maja 2010r., KIO/UZP 730/10).

Izba uznała, że oferta przystępującego, który w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, że cena oferty obejmuje wszystkie koszty niezbędne przy wykonaniu zamówienia podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Złożenie oferty z ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, jeśli nie wystąpiły znamiona jednego z czynów opisanych w przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W okolicznościach sporu nie zaistniały przesłanki zawarte w art. 15 ust. 1 pkt 1 powołanej ustawy, zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Działanie przystępującego nakierowane było na uzyskanie przez niego zamówienia, nie zaś na eliminację odwołującego z rynku.

Oferta przystępującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.  
O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 oraz art. 186 ust. 6 Pzp, uwzględniając koszty pełnomocnika odwołującego, zgodnie z § 3 pkt 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....