

WYROK
z dnia 8 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Gwarant Agencja Ochrony Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** (lider) oraz **Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą dla lidera: **ul. Cygana 2, 45-131 Opole** w postępowaniu prowadzonym przez **Izbę Administracji Skarbowej w Opolu, ul. Ozimska 19, 45-057 Opole**

przy udziale wykonawcy **J. P., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą: Firma Handlowo Usługowa LAVARE J. P., ul. Rocha 98 lok. 4, 42-202 Częstochowa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów:

- 1.1. zaniechania odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą pomimo, że wybrany wykonawca na wezwanie, o którym mowa w art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) nie udzielił wyjaśnień i nie złożył dowodów, które uzasadniają zaoferowane przez niego ceny i podane koszty, a nadto założona przez wybranego wykonawcę oferta zawiera rażąco niską cenę i koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 1.2. zaniechania wezwania wybranego wykonawcy do udzielenia wyjaśnień dotyczących podstaw, przyczyn oraz zgodności z prawem występującej w cenie ofertowej proporcji pomiędzy stawką podatku VAT 23% a 8%, celem wykluczenia

podstaw do odrzucenia oferty tego wykonawcy jako zawierającej manipulację cenową,

- 1.3. wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty podlegającej odrzuceniu i zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, która jest ofertą ważną i niepodlegającą odrzuceniu, a nadto zawiera najkorzystniejszy bilans z oceny kryteriów ustalonych w postępowaniu

i nakazuje zamawiającemu w odniesieniu do zadania nr 1 i 7:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty wykonawcy J. P., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą: Firma Handlowo Usługowa LAVARE J. P., ul. Rocha 98 lok. 4, 42-202 Częstochowa na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) z tego względu, iż nie złożył adekwatnych do wezwania zamawiającego wyjaśnień,

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

3. kosztami postępowania obciąża **Izbę Administracji Skarbowej w Opolu, ul. Ozimska 19, 45-057 Opole** i:

- 3.1. 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 – konsorcjum firm w składzie: **Gwarant Agencja Ochrony Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** (lider) oraz **Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą dla lidera: **ul. Cygana 2, 45-131 Opole** z tytułu wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od **Izby Administracji Skarbowej w Opolu, ul. Ozimska 19, 45-057 Opole** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: **Gwarant Agencja Ochrony Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** (lider) oraz **Impel Facility Services Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą dla lidera: **ul. Cygana 2, 45-131 Opole** kwotę **19 275 zł 24 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy dwieście siedemdziesiąt pięć złotych i dwadzieścia cztery grosze) z tytułu wpisu od odwołania (15 000 zł 00 gr), wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł 00 gr) oraz kosztów dojazdu na posiedzenie (675 zł 24 gr).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zadania 1 i 7, prowadzonego przez Izbę Administracji Skarbowej w Opolu, ul. Ozimska 19, 45-057 Opole (dalej „zamawiający”) na „Świadczenie kompleksowych usług utrzymania czystości i porządku w obiektach Izby Administracji Skarbowej w Opolu wraz z dostawą niezbędnych środków czystości i higieny” wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum firm w składzie: Gwarant Agencja Ochrony Sp. z o.o., ul. Cygana 2, 45-131 Opole (lider) oraz Impel Facility Services Sp. z o.o., ul. A. Słonimskiego 1, 50-304 Wrocław (dalej „odwołujący”) złożyli odwołanie wobec:

1. zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy mimo, że wykonawca ten na wezwanie, o którym mowa w art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) (dalej „ustawa Pzp”) nie udzielił wyjaśnień i dowodów, które uzasadniają podane w ofercie ceny i koszty, a nadto złożona przez niego cena zawiera rażąco niską cenę,
2. zaniechania odrzucenia oferty wybranego wykonawcy mimo, że oferta ta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
3. wyboru jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oferty podlegającej odrzuceniu oraz zaniechanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty odwołującego ewentualnie
4. zaniechanie wezwania wybranego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie podstaw prawnych i przyczyn faktycznych zastosowania przez wybranego wykonawcę stawki 23% i 8% VAT w proporcjach wynikających z formularza cenowego,
5. przedwczesny i wadliwy wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty wykonawcy: Firma Handlowo Usługowa LAVARE J. P., ul. Rocha 98 lok. 4, 42-202 Częstochowa (dalej „przystępujący”).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 6, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą pomimo, że wybrany wykonawca na wezwanie, o którym mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp nie udzielił wyjaśnień i nie złożył dowodów, które uzasadniają zaoferowane przez niego ceny i podane koszty, a nadto założona przez

wybranego wykonawcę oferta zawiera rażąco niską cenę i koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia,

2. art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 i 17, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy pomimo, że jego oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegający na przeniesieniu kosztów wykonania usług sprzątania na terenach wewnętrznych do kosztów wykonania usług sprzątania na terenach zewnętrznych w celu sztucznego obniżenia wysokości podatku VAT od ceny ofertowej netto, a w konsekwencji do obniżenia wysokości ceny ofertowej,
3. art. 239 w zw. z art. 16 i 17, poprzez wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty podlegającej odrzuceniu i zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, która jest ofertą ważną i niepodlegającą odrzuceniu a nadto zawiera najkorzystniejszy bilans z oceny kryteriów ustalonych w postępowaniu,

z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia ww. zarzutów, ewentualnie

4. art. 239 w zw. z art. 223 ust. 1 oraz w zw. z art. 16 i 17, poprzez zaniechanie wezwania wybranego wykonawcy do udzielenia wyjaśnień dotyczących podstaw, przyczyn oraz zgodności z prawem występującej w cenie ofertowej proporcji pomiędzy stawką podatku VAT 23% a 8%, celem wykluczenia podstaw do odrzucenia oferty tego wykonawcy jako zawierającej manipulację cenową, polegającą na kreowaniu ceny:
 - w oparciu o znacznie zaniżone koszty usług sprzątania powierzchni wewnętrznych, objętych stawką podatku VAT 23%, tj. w oparciu o cenę, która nie pokrywają realnych kosztów i nie zawiera zysku, lecz zawierają znaczną stratę,
 - w oparciu o znacznie zawyżone ceny usług utrzymania powierzchni zewnętrznych objętych obniżoną stawką podatku VAT, tj. 8%, na które to usługi przerzucono większą część kosztów usług sprzątania powierzchni wewnętrznych którą to manipulacja jest kwalifikowana jako czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż służy osiągnięciu sprzecznej z prawem korzyści w przetargu, polegającej na bezprawnym zniżeniu kwoty podatku VAT i w konsekwencji łącznej ceny oferty,
5. art. 239 w zw. z art. 16 i 17, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej sprzecznie z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie i uchylenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniach nr 1 i 7,
2. ponowne przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert w zadaniach nr 1 i 7,
3. odrzucenie oferty przystępującego jako oferty z rażąco niską ceną oraz złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
4. dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu,

w zakresie zarzutów ewentualnych:

1. nakazanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
2. unieważnienie i uchylenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniach nr 1 i 7,
3. ponowne przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert w zadaniach nr 1 i 7,
4. wezwanie przystępującego do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie:
 - podstaw, przyczyn oraz zgodności z prawem występującej w cenie ofertowej złożonej przez ww. wykonawcę proporcji pomiędzy stawką podatku VAT 23% a 8%,
 - podejrzeń co występującej w jego ofercie manipulacji ceną polegającej na przeniesieniu kosztów wykonania usług na terenach wewnętrznych do kosztów wykonania usług na terenach zewnętrznych w celu sztucznego obniżenia wysokości podatku VAT od ceny ofertowej netto, a w konsekwencji do obniżenia wysokości ceny ofertowej,
5. ocenę ww. wyjaśnień, a w przypadku negatywnego rozstrzygnięcia wątpliwości, o których mowa powyżej – odrzucenie oferty przystępującego i nakazanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Zarzut dotyczący nieudzielenia przez wybranego wykonawcę wyjaśnień i niezłożenia dowodów, które uzasadniają zaoferowane przez niego ceny i podane koszty oraz złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podał, że ceny netto zaoferowane przez przystępującego w zadaniu nr 1 i 7 charakteryzują się nietypową wartością dla poszczególnych rodzajów sprzętania – cena

za sprzątanie wewnętrzne jest wielokrotnie niższa niż cena za sprzątanie zewnętrzne, stanowiąc około 10% ceny całkowitej zaoferowanej przez tego wykonawcę.

Zaznaczył, że żaden z pozostałych wykonawców nie dokonał zbliżonej wyceny i nie zastosował podobnej proporcji, przeciwnie wszyscy, niezależnie od zadania, zaoferowali wyższe ceny za sprzątanie wewnętrzne, a niższe za sprzątanie zewnętrzne. Uzupełnił, że poziom cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców był do siebie zbliżony i reprezentował podobny rząd wielkości.

W ocenie odwołującego zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny wyjaśnień złożonych przez przystępującego i błędnie uznał, że wykonawca ten wywiązał się ze spoczywającego na nim ciężaru dowodu prawidłowości ceny oferty, ponieważ wyjaśnienia te nie są konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, nie rozwiewają i nie usuwają wątpliwości co do ceny za usługę sprzątanego w obiektach. Podkreślił, że przystępujący nie przedstawił również żadnych dowodów, które potwierdzałyby prawidłowość i zasadność dokonanej przez niego kalkulacji ceny – dowody przedstawione przez wybranego wykonawcę nie zawierają jakichkolwiek informacji o kosztach wykonania przedmiotowego zamówienia, nie potwierdzają również, że sposób przypisania i obliczenia kosztów wykonania oraz wycena usługi znajduje uzasadnienie w opisie przedmiotu zamówienia oraz dostępnych dla wykonawcy możliwości obniżenia ceny.

Wskazał, że dowodami przedstawionymi przez wybranego wykonawcę są faktury za realizację innego zamówienia na rzecz innego zamawiającego, przy czym zakres i treść zadania, którego dotyczą faktury przedstawione przez wybranego wykonawcę nie została w żaden sposób wykazana.

Podniósł, że okoliczność, iż przystępujący fakturuje niektórych ze swoich zleceńdawców w sposób wynikający z faktury nie stanowi dowodu, że w niniejszym postępowaniu wykonawca ten ustalił swoje ceny zgodnie z wymogami SWZ oraz przepisami prawa znajdującymi zastosowanie do sprawy; faktury te nie stanowią również dowodu na koszty wykonania zamówienia i prawidłowe ustalenie ceny za sprzątanie wewnętrzne w przedmiotowym zamówieniu.

Zauważył, że faktury zostały przedstawione przez przystępującego na okoliczność, że *fakturuje takie usługi -usługi w podobny sposób opisane jak w przedmiotowym postępowaniu* – z zastosowaniem cen ustalonych podobnie jak niniejszym postępowaniu, co – wedle odwołującego – oznacza, że nie są dowodem, którego zamawiający żądał w wezwaniu do wyjaśnienia wyliczenia ceny.

Wskazał, że zamawiający w wezwaniu oczekiwał przedstawienia przez wykonawcę dowodów, że *cena istotnej części składowej ceny ofertowej dla ww. zadań jaką jest usługa sprzątanego wewnętrznego nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia*, a przystępujący takiego dowodu nie przedstawił skoro faktury nie dotyczą ani konkretnych

cen zaoferowanych przez wykonawcę w niniejszym postępowaniu, ani też nie odnoszą się i nie dotyczą zindywidualizowanej usługi, która stanowi przedmiot niniejszego zamówienia.

Podniósł także, że stosowana przez wykonawcę praktyka postępowania i wyceny świadczonych przez niego usług nie stanowi dowodu na to, że zachowanie to jest zgodne z prawem, w tym w szczególności z prawem podatkowym, przystępujący nie przedstawił żadnego dowodu, aby stosowane przez niego praktyka została kiedykolwiek poddana kontroli podatkowej i zaakceptowana przez taką kontrolę.

Podsumował, że przystępujący ani w wyjaśnieniach, ani za pomocą dowodów nie wyodrębnił elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez siebie ceny (kosztu) usługi sprzątnia wewnętrznego, wyjaśnienia nie zawierają także jakiegokolwiek informacji o specyficznych i właściwych dla niego okolicznościach umożliwiających obniżenie ceny za sprzątnie wewnętrzne do poziomu wskazanego w ofercie.

Uznał, że wybrany wykonawca nie podołał obowiązkowi wynikającemu z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp i nie wykazał, nie udowodnił, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Podkreślił, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu.

Zdaniem odwołującego, wypełniając dyspozycję przepisu art. 224 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp wykonawca zobowiązany jest do złożenia wyjaśnień, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwalają na ustalenie czy oferta zawiera rażąco niską ceną, obowiązek złożenia wyjaśnień cechujących się ww. przymiotami dotyczy zwłaszcza przypadków, w których – jak w tym niniejszym postępowaniu – wezwanie nie stanowi prostego powtórzenia brzmienia art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, ale zawierała wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących oznaczonego i sprecyzowanego zagadnienia.

Podkreślił, że złożenie jakichkolwiek wyjaśnień nie czyni zadość wymogom art. 224 ust. 1 lub 2 oraz 5 ustawy Pzp.

Wskazał, że prawidłowa ocena złożonych wyjaśnień powinna uwzględniać zgodność oferty z przedmiotem zamówienia, a ponadto w sposób niebudzący wątpliwości wykazywać okoliczności, które są właściwe (indywidualne) tylko dla wykonawcy składającego wyjaśnienie, a jednocześnie nie zachodzą w przypadku pozostałych wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości, wyjaśnienia powinny być wyczerpujące i szczegółowe, odnosić się do konkretnych okoliczności złożonej oferty, a także zawierać wskazanie konkretnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Staął na stanowisku, że wyjaśnienia przystępującego nie usuwają podejrzeń, o którym mowa w art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, gdyż są ogólnikowe, niekonkretne, pozbawione jakichkolwiek wyliczeń lub kalkulacji, a nadto nie zawierają jakichkolwiek dowodów potwierdzających, że podane przez wybranego wykonawcę w formularzu

cenowym koszty wykonania sprzątnia wewnętrznego są rzeczywiste, racjonalne, uzasadnione i rynkowe; wyjaśnienia wybranego wykonawcy nie zawierają jakiegokolwiek uzasadnienia, które potwierdzałyby, że koszt usług sprzątnia wewnętrznego na poziomie 10% wartości ogólnej ceny oferty jest rzeczywisty, adekwatny do nakładów, które muszą być poniesione w związku z realizacją tej części zamówienia, a nadto, że kwota ta uwzględnia i pokrywa chociażby wydatki na wynagrodzenia osób realizujących zamówienia.

Stwierdził, że wyjaśnienia wybranego wykonawcy w ogóle nie zawierają odpowiedzi na postawione przez zamawiającego w wezwaniu pytanie dlaczego cena za usługę sprzątnia stanowi tylko 10% wartości ogólnej ceny ofertowej i dlaczego tak ustalona cena nie jest ceną rażąco niską.

Odnosząc się do treści wyjaśnień złożonych przez wybranego wykonawcę wskazał, że SWZ jednoznacznie określa czym są usługi sprzątnia wewnętrznego i usługi sprzątnia zewnętrznego – podział ten wynika z treści Załączników nr 2.1. – 2.21 SOPZ dotyczących poszczególnych obiektów objętych zamówieniem, w których zamawiający pogrupował czynności według miejsca wykonywania usługi i w odpowiednich kratach ww. załączników rozróżnił zakres czynności, który ma być zrealizowany w ramach usługi sprzątnia wewnętrznego i zewnętrznego; na odpowiednich karatach dokumentu excell dla każdego z obiektów zostały wymienione oddzielnie czynności sprzątnia wewnętrznego i zewnętrznego, które wykonawca zobowiązany jest zrealizować. Uzupełnił, że Formularz cenowy, którego treść narzuca Załącznik nr 1 do FO, wymagał podania oddzielnie cen jednostkowych za sprzątnie wewnętrzne i zewnętrzne; kwoty za sprzątnie zewnętrzne oraz kwoty za sprzątnie wewnętrzne w rozbiu na wartość netto i brutto. Dodatkowo formularz ten wskazywał stawkę podatku VAT, która powinna być zastosowana od obliczenia kwoty brutto za sprzątnie wewnętrzne jak i zewnętrzne.

Podniósł na powyższej podstawie, że SWZ obligowała wykonawców do wykazania elementów kosztowych, z których składa się cena ogólna za poszczególne obiekty.

Wskazał, że zamawiający w Formularzu cenowym wymienił dwa podstawowe elementy kosztowe tj. cenę *netto za jeden dzień roboczy usługi sprzątnia wewnętrznego* i cenę *netto za jeden dzień roboczy sprzątnia zewnętrznego*, które korespondują z Szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia, tj. Załącznikami nr 2.1. – 2.21, a nadto stanowią podstawę do obliczenia kwot kosztów wymienionych w formularzu cenowym.

W ocenie odwołującego błędną jest teza przystępującego, że zgodnie z SWZ był uprawniony do dowolnego przypisania czynności i swobodnego grupowania ich w ramach dwóch grup sprzątnia.

Podniósł, że grupowanie to zostało przeprowadzone przez zamawiającego w Załącznikach nr 2.1. – 2.21 SOPZ wobec czego wykonawca zobowiązany był dokonać wyłącznie wyceny ww. czynności.

Zauważył, że zamawiający – zgodnie z Załącznik nr 1 do FO – wymagał obliczenia kwot brutto za usługę sprzątnięcia wewnętrznego i sprzątnięcia zewnętrznego odpowiednio, przy zastosowaniu stawki podatku VAT 23% i 8% wobec czego – ze względu na przepisy prawa podatkowego – skoro zamawiający wyróżnił i zdefiniował w postępowaniu sprzątnięcie wewnętrzne i sprzątnięcie zewnętrzne, to wykonawca – zachowując ww. podział i systematykę – powinien być oddzielnie wycenił czynności przypisane przez zamawiającego do sprzątnięcia wewnętrznego i zewnętrznego; wykonawca nie był tym samym uprawniony do kwalifikowania czynności do grupy sprzątnięcia wewnętrznego lub zewnętrznego, ale zobligowany był zastosować podział przedstawiony w SWZ.

Stwierdził, że wykonawca mógł we właściwym terminie zgłosić zastrzeżenia do SWZ.

Podniósł, że ze względu na przepisy prawa podatkowego, wykonawca zobowiązany był podać realną i rzeczywistą wartość sprzedaży – cenę danej usługi; obowiązek ten wynika wprost z prawa podatkowego, z w przedmiotowym postępowaniu jest to tym bardziej istotne, że przedmiotem zamówienia jest usługa, do której znajduje zastosowanie obniżona stawka podatku VAT. Wyjaśnił, że dowolne określenie wartości ww. sprzedaży – ceny skutkuje nieprawidłowym ustaleniem wysokości zobowiązania podatkowego z tytułu VAT; obniżenie wartości sprzedaży opodatkowanej stawką 23% i podwyższenie sprzedaży obłożonej stawką 8% powoduje obniżenie zobowiązania podatkowego o 15%, co ma istotne znaczenie przy ocenie ofert w kryterium cena. Uzupełnił, że oferta z zaniżonym podatkiem VAT przedstawia korzystniejszy bilans cenowy (ma niższą cenę) niż oferta obliczona przy uwzględnieniu realnej i rzeczywistej wartości sprzedaży.

Odnosząc się w dalszej kolejności do treści wyjaśnień złożonych przez przystępującego odwołujący zaznaczył, że wycena usługi sprzątnięcia wewnętrznego ma niebagatelne znaczenie w ocenie oferty wybranego wykonawcy ze względu na okoliczność, że usługa ta objęta jest podstawową stawką podatku VAT – nieprawidłowe (zaniżone) przypisanie kosztów do usługi lub też bezpodstawne wyłączenie z usługi niektórych czynności i przeniesienie ich do usług sprzątnięcia zewnętrznego, skutkuje obniżeniem ceny ofertowej brutto o zaoszczędzony w ten sposób VAT.

Podkreślił, że zamówienie nie będzie rozliczane pomiędzy stronami z zastosowaniem jednej stawki podatku, ale 23% i 8%, co będzie miał swoje konsekwencje na gruncie podatkowym – wykonawca będzie fakturował wykonanie zamówienia zgodnie z podziałem ze względu na stawki podatku VAT, co wynika z konstrukcji Formularza ofertowego toteż przypisane odpowiedniej usłudze właściwej wartości (ceny netto) ma istotne znaczenie dla oceny, czy zaoferowana cena jest ceną rażąco niską.

Uznał, że wykonawca nie ma swobody w przypisaniu kosztów wykonania zamówienia do dowolnej usługi i, wbrew twierdzeniom przystępującego, *swoboda rozdziału oferowanej kwoty (ceny)* nie jest w postępowaniu dowolna i nieograniczona. Wskazał, że granicą tej swobody są przepisy prawa podatkowego, które wymagają określenia wartości sprzedaży w sposób rzeczywisty, realny i znajdujący uzasadnienie w stanie faktycznym.

Stwierdził, że cena netto za usługę sprzątnięcia wewnętrznego została ustalona przez przystępującego w sposób, który co najmniej budzi wątpliwości.

Ocenił, że cena ta jest niewiarygodna i zaprzecza zasadom logiki i doświadczenia życiowego; nieprawdziwą i nieznaną potwierdzenie w doświadczeniu życiowym i powszechnej praktyce przedsiębiorców jest teza, że wartość usługi bardziej skomplikowanej, wymagającej większych nakładów pracy oraz środków (wartość usługi sprzątnięcia wewnętrznego) jest wielokrotnie tańsza niż prostsza, niewymagająca dużych nakładów, wykonywana niejako dodatkowo przy budynku (usługa sprzątnięcia zewnętrznego).

Odwołujący podkreślił, że ze względu na narzucony Formularzem cenowym model rozliczeń wymagający fakturowania przy zastosowaniu stawek VAT 23% i 8% , wykonawcy nie mieli prawa i możliwości swobodnego lub dowolnego rozdzielenia ogólnej (całkowitej) ceny ofertowej pomiędzy ceny usług częściowych (ceny sprzątnięcia wewnętrznego i zewnętrznego) składających się na zamówienie.

Stanął na stanowisku, że okoliczność, że ogólne (całkowite) ceny zaoferowane przez przystępującego odpowiadają budżetowi zamawiającego nie skutkuje zniesieniem wobec oferty tego wykonawcy domniemania, o którym mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp – ceny te, mimo, że wysokością odpowiadające budżetowi są fałszywe, gdyż nie obejmują prawidłowo ustalonej i przypisanej wartości sprzedaży netto, a co za tym idzie, zgodnie z prawem ustalonych, kwot podatku VAT.

Stwierdził, że cena zaoferowana przez przystępującego nie pokrywa w pełni kosztów wykonania usługi sprzątnięcia wewnętrznego, jest niewystarczająca chociażby na sfinansowanie płac osób realizujących zamówienie. Wskazał, że zatrudnienie jednej osoby do obsługi jednego obiektu wymaga poniesienia dziennego kosztu wykonania usługi w wysokości 150,50 zł [odwołujący obliczył ww. kwotę, poprzez podzielenie płacy minimalnej brutto bez kosztów pracodawcy przez podaną przez zamawiającego w Formularzu cenowym ilość dni wykonywania usługi w lipcu 2022 r.. (3010 zł : 20 dni = 150,50 zł)]. Podniósł, że tymczasem cena netto za jeden dzień sprzątnięcia wewnętrznego zaoferowana przez przystępującego tylko dla dwóch obiektów przekracza ww. 150 zł. I są to obiekty, na których w ogóle nie występuje usługa sprzątnięcia zewnętrznego, zaś ceny za pozostałe obiekty oscylują wokół kwoty 100 zł.

Oświadczył, że jest wykonawcą, który w ostatnich latach wykonuje z należytą starannością usługi tożsame z niniejszym zamówieniem na obiektach administrowanych przez zamawiającego i wskazanych w SWZ w zadaniach nr 1 i 7 – jest więc wykonawcą, który zna szczególne wymagania użytkowników, a tym samym posiada wiedzę w zakresie realnych kosztów, poziomu cen jednostkowych, które mają fundamentalny wpływ na faktyczne wynagrodzenie wykonawcy.

W odniesieniu do zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego jako złożonej w warunkach nieuczciwej konkurencji wskazał, że zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta, ustęp 2 tego przepisu wskazuje na otwarty katalog przypadków, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Uzpełnił, że czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tejże ustawy są również działania niewymienione wśród przypadków stypizowanych w art. 5-17d, jeżeli tylko działania te odpowiadają wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1.

Zdaniem odwołującego działania przystępującego, polegające na manipulacji cenami, tj. na obniżeniu cen za sprzątnięcie wewnętrzne i znaczne podwyższenie cen za sprzątnięcie zewnętrzne stanowi czyn nieuczciwej konkurencji niestypizowany w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ocecił, że manipulacja jest świadomym, celowym, zamierzonym i sprzecznym z dobrymi obyczajami działaniem przystępującego, podjętym w celu polepszenia swojej sytuacji w postępowaniu przetargowym, co prowadzi do naruszenia interesu zamawiającego i publicznego z uwagi na zaniżenie kwoty podatku VAT oraz interesu uczestników postępowania, którzy złożyli oferty skalkulowane w oparciu o ceny realne.

Podał, że przystępujący zaoferował ceny za sprzątnięcie wewnętrzne niższe o 23,53 % (zad. 1) 24,46 % (zad. 7) od średniej arytmetycznej wszystkich ofert, ceny za sprzątnięcie zewnętrzne są natomiast wyższe o 870,43% (zad. 1) 722,73 % (zad. 7) od ww. średniej.

Wskazał, że regułą w wycenie przystępującego jest, że wielokrotnie tańsza jest cena za sprzątnięcie budynków wewnątrz niż na zewnątrz.

Tytułem przykładu podał, że kwota netto zaoferowana przez wybranego wykonawcę za sprzątnięcie wewnętrzne Drugiego Urzędu Skarbowego w Opolu w lipcu 2022 r. wynosi 1 214,60 zł., kwota za sprzątnięcie zewnętrzne wokół ww. obiektu wynosi 18 028,80 zł. netto w sytuacji, gdy suma powierzchni przeznaczonych do sprzątnięcia wewnętrznego i zewnętrznego jest niemal identyczna (990 m² i 926 m²).

Podniósł, że obniżenie cen (kwot) za sprzątanie wewnętrzne i drastyczne zawyżenie cen za sprzątanie zewnętrzne stanowi manipulację cenową, która spowodowała, że przystępujący złożył ofertę o najniższej cenie, a uzyskał dodatkowy zysk dzięki różnicom w stawkach VAT.

Wskazał, że przystępujący, nie podał – pomimo skierowanego do niego wezwania – żadnych okoliczności uzasadniających ww. podział cen.

Zdaniem odwołującego odpowiedź przystępującego sugeruje, że ustalając ceny nie uwzględniał rzeczywistych kosztów wykonania usługi na danym obiekcie, ale koszty dowolnie przesuwawał zarówno pomiędzy usługami jak i obiektami.

Stwierdził także, że sposób wyceny przystępującego nie znajduje uzasadnienie w obiektywnych i wynikających z SWZ warunkach wykonania tego rodzaju zamówień – opis przedmiotu zamówienia jednoznacznie dowodzi, że częstotliwość prac związanych z realizacją sprzątania wewnętrznego, wielkość powierzchni, której dotyczy usługa oraz koszty i nakłady z nimi związane powodują, że usługa ta jest wielokrotnie droższa niż usługa sprzątanie zewnętrzne, co znajduje potwierdzenie w treści innych ofert złożonych w postępowaniu.

Wskazał, że zasada swobodnego ustalania i różnicowania cen przez przedsiębiorców nie legitymuje wykonawców do oferowania cen zaprzeczających rzeczywistej wartości świadczenia i zasadzie ekwiwalentności; swobodne ustalanie cen przez wykonawcę jest dopuszczalne o ile nie narusza przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Uznał, że obniżenie cen za sprzątanie wewnętrzne ze stawką 23% VAT i rażące zawyżenie cen za sprzątanie zewnętrzne objęte stawką 8% VAT pozwoliło przystępującemu na złożenie oferty z najkorzystniejszą (najniższą) ceną, a także spowodowało oszczędność na zapłacie niższego podatku, a co za tym idzie, nieuczciwe powiększenie swego zysku.

Podał, że zgodnie z ustawą o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 106) art. 5 ust. 5 - *"przez nadużycie prawa rozumie się dokonanie czynności, o których mowa w ust. 1, w ramach transakcji, która pomimo spełnienia warunków formalnych ustanowionych w przepisach ustawy, miała zasadniczo na celu osiągnięcie korzyści podatkowych, których przyznanie byłoby sprzeczne z celem, któremu służą te przepisy"*, twierdząc, że dokonanie przez przystępującego transferu części kosztów sprzątania wewnętrznego do kosztów sprzątania zewnętrznego odpowiada podanej definicji nadużycia prawa, co czyni działanie wybranego wykonawcy jest sprzeczne zarówno z dobrymi obyczajami i prawem.

Uprowadzając ewentualne argumenty zamawiającego, że niedozwoloną manipulacją cenową można stwierdzić jedynie w powiązaniu z ceną rażąco niską, podniósł, że teza ta nie znajduje uzasadnienia w ustawie Pzp jak również w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a nadto jest sprzeczna z celem ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

a pośrednio również z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, gdyż uniemożliwiłoby eliminowanie z postępowania ofert ze zmanipulowanymi, ale nie rażąco niskimi, cenami.

Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 2588/17, zgodnie z którym: *"Oczywistym jest, iż w gospodarce wolnorynkowej wykonawcy dysponują swobodą w kształtowaniu cen swych usług czy dóbr. Jednak nie jest to swoboda bezwzględna, wykonawcy przede wszystkim są związani przepisami prawa. W tym przepisami prawa podatkowego w zakresie podatku VAT oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.", „wykonawca który w sposób nieuzasadniony zaniża wartość części usług objętych wyższą stawką podatku VAT, rekompensując to sobie zawyżaniem wartości usług objętych niższą stawką podatku VAT, narusza przepisy ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, poprzez zaniżenie kwoty podatku VAT który wpłaci na rzecz organu podatkowego. Narusza także przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia w celu eliminacji innych wykonawców z postępowania przetargowego. Takie działanie uznać należy za działanie sprzeczne z prawem oraz naruszające interesy innych przedsiębiorców. Przy czym nie ma znaczenia, czy mamy do czynienia z ceną składową wynagrodzenia ryczałtowego czy kosztorysowego. Wykonawca, który w sposób nieuzasadniony manipuluje ceną w celu zaniżenia należnego podatku VAT, a przez to do nieuzasadnionego obniżenia ceny swej oferty, popełnia czyn nieuczciwej konkurencji. Oferta takiego wykonawcy w postępowaniu przetargowym powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.*

Wykonawca, który stosuje taką metodę kalkulacji, uzyskuje nieuzasadnioną przewagę nad innymi wykonawcami. W postępowaniach przetargowych ranking ofert w zasadzie ustala się na podstawie kwot brutto. A zatem wykonawca, stosujący taką metodę uzyskuje niższą cenę oferty i ma większe szanse uzyskania zamówienia. Może dojść nawet do sytuacji, w której oferta wyrażona w kwocie netto, będzie wyższa od ofert pozostałych wykonawców, natomiast wyrażona w kwocie brutto będzie najniższa".

Odwołujący zwrócił uwagę, że przystępujący usług sprzątnięcia wewnętrznego i zewnętrznego nie traktuje jako jednego (kompleksowego) świadczenia, do którego niejako zbiorczo przypisuje i zlicza koszty wykonania – fakt, iż wybrany wykonawca wyodrębnił do obliczenia ceny ofertowej odpowiednio stawkę podatku VAT 23% i stawkę podatku VAT 8% świadczy, iż ww. usługi traktuje jako oddzielne zdarzenia gospodarcze, a nie usługę kompleksową; w ślad za ww. podziałem, treść faktur VAT wybranego wykonawcy będzie obejmowała dwa różne zdarzenia gospodarcze obłożone różnymi stawkami podatku od towarów i usług. Oznacza to, że działając zgodnie z przepisami prawa podatkowego – wybrany wykonawca powinien był dokonać oddzielnej wyceny ww. zdarzeń.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania żądania wyjaśnień od przystępującego odwołujący stwierdził, że ceny zaoferowane przez przystępującego są nienaturalne i istotnie odbiegają od cen zaoferowanych od innych wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Uzupełnił, że wyjaśnienia złożone przez przystępującego dotyczące zaoferowanej przez niego ceny jednostkowej za usługę sprzątnięcia wewnętrznego nie usuwają ww. wątpliwości. nie znoszą podejrzania o manipulację cenową.

Stwierdził, że biorąc pod uwagę, że wobec oferty przystępującego istnieje podejrzenie, że w celu zaoferowania najniższej ceny obniżył wartość usług opodatkowanych stawką 23% i podwyższył wartość usług obłożonych stawką VAT 8%, zamawiający zobowiązany był wątpliwości usunąć. Zdaniem odwołującego podejrzenie o ww. manipulację nasuwa się w sposób niewymuszony i oczywisty, gdyż cena usług sprzątnięcia zewnętrznego jest nierynkowa i absurdalnie wysoka, a cena usług sprzątnięcia wewnętrznego jest symboliczna i określona na poziomie niepokrywającym najniższych kosztów wykonania świadczenia wobec czego wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej jest co najmniej przedwczesny.

Podniósł, że zamawiający dokonał wyboru, mimo, że istotne elementy oferty wybranego wykonawcy wciąż budzą wątpliwości, w tym w szczególności nie ma pewności, czy złożona przez niego oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, a oświadczenia dotychczas złożone przez przystępującego wskazują, że nie dokonał prawidłowej wyceny oferty, a jego zachowanie co najmniej budzi wątpliwości co do zgodności z ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podkreślił, że zamawiający w toku postępowania ww. wątpliwości nie usunął, skutkiem czego uchybił wymogom dotyczącym należytego i rzetelnego przeprowadzenia postępowania.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych przy piśmie z dnia 22 lipca 2022 r. (wpływ 25 lipca 2022 r.) – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, odwołania z dnia 18 lipca 2022 r., odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z dnia 27 lipca 2022 r., pisemnego stanowiska przystępującego z dnia 4 sierpnia 2022 r. wraz z załącznikami, złożonych przez odwołującego na posiedzeniu kalkulacji własnych: „Wynagrodzenie 2022 z tytułu umowy o pracę z. 7 z”, Wynagrodzenie 2022 z tytułu umowy o pracę z. 7 w”, Wynagrodzenie 2022 z tytułu umowy o pracę z. 1 z”, Wynagrodzenie 2022 z tytułu umowy o pracę z. 1”, faktury nr 228U002644026572 oraz aneksu nr 4 do umowy nr 1601-ILZ.260.11.2020.1 z dnia 3 lipca 2020 r. zawartego 27 stycznia 2022 r. pomiędzy tym zamawiającym a wykonawcami w składzie odwołującego, a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego zaprezentowanych na rozprawie skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp (posiada legitymację do wniesienia odwołania), czego ani zamawiający, ani przystępujący nie kwestionowali.

Zarzut pierwszy – zaniechania odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą pomimo, że wybrany wykonawca (przystępujący) na wezwanie, o którym mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp nie udzielił wyjaśnień i nie złożył dowodów, które uzasadniają zaoferowane przez niego ceny i podane koszty, a nadto założona przez wybranego wykonawcę oferta zawiera rażąco niską cenę i koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, czym zamawiający naruszył przepis art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 1 lipca 2022 r. zamawiający skierował do przystępującego „*Wezwanie do złożenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny dla zadań: 1,6,7*”: „*Wzywamy do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny złożonej oferty w ww. postępowaniu, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. W toku badania ofert pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny, Zamawiający ustalił, że w: zadaniach:*

1. *Zadaniu 1, dla jednostek:*

- 1) *Drugi Urząd Skarbowy w Opolu, ul. Cementowa 6, 45-358 Opole,*
- 2) *Opolski Urząd Celno-Skarbowy w Opolu, ul. Drzymały 22, 45-342 Opole;*
- 3) *Opolski Urząd Celno-Skarbowy w Opolu, ul. Grunwaldzka 42, 45-054 Opole.*

2. *Zadania 7, dla jednostki Zamiejscowy Oddział Opolskiego Urzędu Celno-Skarbowego w Opolu z siedzibą w Nysie, ul. Otmuchowska 50, 48-300 Nysa.*

*istotne części składowe ceny ofertowej, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Dotyczy to **ceny za świadczenie usług sprzątnia wewnętrznego** w ww. obiektach Zamawiającego.*

Świadczenie usług sprzątnia wewnętrznego w ww. obiektach stanowi niespełna 10 % ogólnej ceny ofertowej, co budzi wątpliwości Zamawiającego i wymaga złożenia wyjaśnień.

W związku z powyższym prosimy o złożenie popartych dowodami wyjaśnień w celu ustalenia, czy cena istotnej części składowej ceny ofertowej dla ww. zadań jaką jest usługa sprzątnia wewnętrznego nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przypominamy, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na Wykonawcy.”

Przystępujący, w piśmie z dnia 5 lipca 2022 r., oświadczył:

1. *Na wstępie wskazuję, że w tytule wezwania wskazano na zadania nr 1,6, 7, zaś w treści wskazano jedynie zadanie nr 1 (3 obiekty) i zadanie nr 7 (jeden obiekt).*
2. *Cena za świadczenie usług wskazanych w zadania nr 1, 6,7 w tym sprzątnięcia wewnętrznego nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Składając ofertę wykonawca na zakwestionowane zadania; każde z nich potraktował jako odrębną całość ekonomiczną. Zarówno specyfikacja warunków zamówienia nie zawiera prawnego zobowiązania wykonawcy do wskazania jaka część ceny ofertowej – za zadanie – powinna przypadać na czynności sprzątnięcia wewnętrznego i zewnętrznego każdego z obiektów; pozostawiając w tym zakresie swobodę rozdziału oferowanej kwoty dla wykonawcy. Innymi słowy specyfikacja nie obliuguje wykonawcy do potraktowanie czynności sprzątnięcia wewnętrznego jako ewentualnie odpowiednika czynności sprzątnięcia zewnętrznego; jakiegokolwiek części lub zobowiązania do zastosowania parytetu, przelicznika, etc. W takim układzie wykonawca odpowiada jedynie za to aby jego oferta nie odbiegała rażąco od ceny (kwoty) jaką zamawiający przeznaczył na realizację danego zadania.*
3. *Oferta wykonawcy za zrealizowanie zadania nr 1 to: 840 718,46 zł brutto. Oferta wykonawcy stanowi 116% kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na realizację zadania. Zatem wykonawca za zadanie nr 1 nie zaoferował kwoty, która jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.*
4. *Oferta wykonawcy za zrealizowanie zadania nr 7 to: 365 869,43 zł brutto. Oferta wykonawcy stanowi 100,5% kwoty przeznaczonej przez wykonawcę na realizację zadania. Zatem wykonawca za zadanie nr 7 nie zaoferował kwoty, która jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.*
5. *(...)*
6. *Wykonawca bierze udział w przetargach jak i świadczy usługi w podobny sposób opisane jak w przedmiotowym postępowaniu; nie zawierające nakazu prawnego stosownego rozdzielenia wartości na poszczególne części składowe wg przyjętej miary/stosunku/parytetu. Wykonawca fakturuje takie usługi. Wykonawca przedstawia przykładowe faktury i wnosi o objęcie ich treści tajemnicą przedsiębiorstwa.”*

Pismem z dnia 7 lipca 2022 r. „Zawiadomienie o wyniku postępowania dla zadań 1,7,12” zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze w szczególności w zadaniu nr 1 i 7, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 224 ust. 6 ustawy Pzp *„Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.”*

W pierwszej kolejności analizy wymaga treść wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny dla zadania nr 1 i 7 z dnia 1 lipca 2022 r., skierowanego przez zamawiającego do przystępującego (czego oczekiwał zamawiający ?), w drugiej kolejności odpowiedzi przystępującego z dnia 5 lipca 2022 r. na to wezwanie (czy i jakich informacji, wyjaśnień udzielił przystępujący, czym je poparł ?), a następnie ocena, czy udzielając odpowiedzi o takiej treści przystępujący uczynił zadość oczekiwaniom zamawiającego.

Jest to niezbędne w celu stwierdzenia czy przystępujący, poprzez złożone wyjaśnienia (i dowody) obalił (albo nie) domniemanie zaoferowanie ceny rażąco niskiej, powstałe w wyniku skierowanego wezwania. Stwierdzenie bowiem, że odwołujący domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej nie obalił (po myśli przepisu art. 224 ust. 5 ustawy Pzp *„Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy”*) oznacza obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego jako oferty z rażąco niską ceną lub kosztem wobec braku wyjaśnień (wezwany wykonawcy nie udzielił wyjaśnień w ogóle albo nie są one adekwatne, stanowiąc jedynie odpowiedź stricte formalną) albo wobec tego, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Przechodząc do analizy treści wezwania zamawiającego z 1 lipca 2022 r. stwierdzić należy:

1. zamawiający domagał się wyjaśnień co do istotnych części składowych ceny ofertowej w zadaniu nr 1 i 7, uznając za istotne części składowe ceny za świadczenie usług sprzątnięcia wewnętrznego w obiektach z zadań nr 1 i 7 (*„W toku badania ofert pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny, Zamawiający ustalił, że w zadaniach: Zadaniu 1 (....) Zadaniu 2 (...) istotne części składowe ceny ofertowej, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Dotyczy to ceny za świadczenie usług sprzątnięcia wewnętrznego w ww. obiektach Zamawiającego.”*),
2. wątpliwości zamawiającego co do rażąco niskiego charakteru cen za świadczenie usług sprzątnięcia wewnętrznego w obiektach z zadań nr 1 i 7 powstały ze względu na fakt, że ceny te nie osiągnęły nawet poziomu 10% ceny ofertowej (*„Świadczenie usług sprzątnięcia*

wewnętrzny w ww. obiektach stanowi niespełna 10% ogólnej ceny ofertowej, co budzi wątpliwości i wymaga złożenia wyjaśnień”,

- zamawiający oczekiwał złożenia wyjaśnień popartych dowodami [„(...) prosimy o złożenie popartych dowodami wyjaśnień w celu (...)”], przy czym – co wynika z części wstępnej wezwania („Wzywamy do złożenia wyjaśnień (...) w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych”) i pkt. 1 powyżej – zamawiający oczekiwał dowodów w zakresie wyliczenia ceny za świadczenie usług sprzątnięcia wewnątrz w ww. zadaniach.

Innymi słowy, w odniesieniu do zadania nr 1 i 7 zamawiający za niezbędne uznał, aby przystępujący złożył wyjaśnienia, w tym dowody w zakresie wyliczenia podanych w Formularzu cenowym przystępującego cen za usługi sprzątnięcia wewnątrz dla poszczególnych obiektów z tych zadań.

Przechodząc do analizy treści odpowiedzi przystępującego z 5 lipca 2022 r. stwierdzić bezwzględnie należy, że przystępujący nie zaprezentował żadnych wyliczeń – ani co do cen z zadania nr 1 i zadania nr 7, traktowanych przez siebie „jako odrębna całość ekonomiczną”, ani co do cen za świadczenie usług sprzątnięcia wewnątrz w zadaniu nr 1 lub 7 (jak oczekiwał zamawiający w wezwaniu), poprzestając na ogólnym wskazaniu, że SWZ pozostawiła wykonawcom swobodę „rozdzielenia oferowanej kwoty” stąd powyższe podejście do zadań oraz wskazaniu relacji całkowitej ceny ofertowej przystępującego w zadaniu nr 1 i 7 do „kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na realizację zadania”. Żadnych wyliczeń co do cen zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu nie zawierają także – z oczywistych względów – załączone przez przystępującego do pisma z 5 lipca 2022 r. „przykładowe faktury” dotyczące usług świadczonych dla innych podmiotów (Wspólnot Mieszkaniowych z terenu Częstochowy)

Przystępujący nie zakwestionował treści wezwania zamawiającego toteż należy przyjąć, że nie kwestionował ani prawa zamawiającego do badania rażąco niskiego charakteru istotnych części składowych ceny ofertowej, ani narzuconego przez zamawiającego sposobu wykazania, że ceny usług sprzątnięcia wewnątrz obiektów w zadaniu nr 1 i 7 nie są rażąco niskie (poprzez złożenie dowodów w zakresie wyliczenia tych cen jako istotnych części składowych).

Na marginesie skład orzekający Izby zauważa, że niezrozumiałym jest podkreślanie przez zamawiającego, że to całościowa cena ofertowa winna być badana pod kątem jej rażąco niskiego charakteru w sytuacji, gdy skierował do przystępującego wezwanie referujące do istotnej części składowej ceny ofertowej w zadaniu nr 1 i 7 i to przy braku ustawowego obowiązku kierowania takiego wezwania (brak progu 30%).

Informacje, jakich udzielił przystępujący co do swojego podejścia do cen w poszczególnych zadaniach („odrębna całość ekonomiczna”), abstrahując nawet od dywagacji na temat tego, co w istocie za sformułowaniem tym się kryje (zwłaszcza w kontekście oświadczenia przystępującego z rozprawy, że *„kalkulując koszty sprzątnia wewnętrznego w skali miesiąca ujął je odpowiednio do wymagań SWZ i wynik swoich wyliczeń zaprezentował wyłącznie w pozycji dotyczącej usługi sprzątnia wewnętrznego”*) mogły stanowić co najwyżej punkt wyjścia (wstęp) do dalszych, rzeczywiście oczekiwanych przez zamawiającego wyjaśnień, wyliczeń, których jednak przystępujący nie udzielił i nie zaprezentował.

W ocenie składu orzekającego Izby powyższe przesądza o konieczności uznania, że pismo przystępującego z 1 lipca 2022 r. – profesjonalnego wszak uczestnika postępowań o udzielenie zamówienia publicznego nie stawowi adekwatnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 5 lipca 2022 r., nie stanowi wyjaśnień, poddających się ocenie pod kątem konkretnych, wycenionych kosztów czynności, narzędzi czy środków, tym samym nie usuwając wątpliwości co do rażąco niskiego charakteru istotnej części składowej ceny ofertowej, tj. ceny za świadczenie usług sprzątnia wewnętrznego w zadaniach nr 1 i 7.

Uzupełniająco, za odwołującym, stwierdzić należy, że *„Wyjaśnienia ww. wykonawcy nie zawierają także jakiegokolwiek informacji o specyficznych i właściwych dla niego okolicznościach umożliwiających obniżenie ceny za sprzątnie wewnętrzne aż do poziomu wskazanego w ofercie.”* (str. 11 pierwszy akapit odwołania). Wezwanie zamawiającego do złożenia wyliczenia cen świadczenia usług sprzątnia wewnętrznego nie wymagało odrębnego wskazania, aby przystępujący ujął specyficzne dla niego okoliczności (za takie przystępujący uznawał dofinansowanie z tytułu zatrudniania osób niepełnosprawnych), ponieważ oczywistym jest, że – o ile takie okoliczności występują – znajdą odzwierciedlenie w kalkulacji wykonawcy.

Zamawiającego zaniechał zatem odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 224 ust. 6 jako oferty z rażąco niską ceną lub kosztem wobec braku wyjaśnień (i dowodów).

Zarzut drugi – zaniechania odrzucenia oferty wybranego wykonawcy pomimo, że jego oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, polegający na przeniesieniu kosztów wykonania usług sprzątnia na terenach wewnętrznych do kosztów wykonania usług sprzątnia na terenach zewnętrznych w celu sztucznego obniżenia wysokości podatku VAT od ceny ofertowej netto, a w konsekwencji do obniżenia wysokości

ceny ofertowej, czym zamawiający naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 i 17 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Art. 223 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp brzmi: *„W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń.”*

Zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 7 *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”*

Zgodnie zaś z przepisem art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców”* oraz *„Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.”*

W toku badania i oceny ofert zamawiający nie żądał od przystępującego żadnych wyjaśnień co do relacji cen zaoferowanych za świadczenie usług sprzątnięcia wewnętrznego do cen zaoferowanych za świadczenie usług sprzątnięcia na zewnątrz.

Wezwanie zamawiającego z dnia 1 lipca 2022 r. dotyczyło wyłącznie wysokości cen za świadczenie usług sprzątnięcia wewnętrznego w kontekście podejrzenia ich rażąco niskiego charakteru (o czym była mowa w ramach zarzutu pierwszego). I choć w samym wezwaniu zamawiający wskazał, że ceny za usługi sprzątnięcia wewnętrznego stanowią niespełna 10% ogólnej ceny ofertowej to jednak, co wynika z analizy treści wezwania zamawiającego w ramach zarzutu pierwszego, to nie kwestia relacji cen za świadczenie usług sprzątnięcia wewnętrznego do cen zaoferowanych za świadczenie usług sprzątnięcia na zewnątrz stanowiła przedmiot wezwania.

Powyższe oznacza, że ocenę działań przystępującego można oprzeć jedynie na treści oferty przystępującego w zadaniu nr 1 i 7.

Analiza treści oferty przystępującego w powiązaniu z ofertami innych wykonawców (w zakresie zaoferowanych cen) doprowadziła odwołującego do wskazania (czego zamawiający i przystępujący nie kwestionowali): *„ceny za sprzątnięcie wewnętrzne są niższe o 23,53 % (zad. 1) 24,46 % (zad. 7) od średniej arytmetycznej wszystkich ofert. Ceny za sprzątnięcie zewnętrzne są natomiast wyższe o 870,43% (zad. 1) 722,73 % (zad. 7) od ww. średniej”* (str. 20 pkt. 2.5. odwołania).

W ocenie składu orzekającego Izby konstatacja, że ceny ofertowe sprzątnięcia wewnętrznego u przystępującego osiągają wskazane powyżej poziomy nie oznacza

automatycznie, że ceny te są rażąco niskie (nie jest to nawet poziom obligujący zamawiającego do wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp).

W przedmiotowej sprawie, w konsekwencji braku adekwatnych do wezwania zamawiającego wyjaśnień przystępującego (o czym mowa w ramach zarzuty pierwszego) brak jest jakichkolwiek informacji, które by można – w ramach badania odrębnej przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp – przyjąć.

Innymi słowy, fakt, że przystępujący nie obalił domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej za świadczenie usług sprzątnięcia wewnętrznego w żadnej mierze „nie przybliży” do poznania, w jaki sposób przystępujący kalkulował te ceny.

W ocenie składu orzekającego dostrzeżona przez odwołującego „reguła” (str. 20 pkt 2.6. odwołania), iż u przystępującego wielokrotnie tańsza jest cena za sprzątnięcie budynków wewnątrz niż na zewnątrz (czego zamawiający i przystępujący nie kwestionowali), przy braku informacji co do wyliczenia cen za sprzątnięcie wewnętrzne (nie odbiegających o 30% albo więcej od cen innych wykonawców) oraz braku informacji co do wyliczenia cen za sprzątnięcie zewnętrzne (w tym co do poziomu założonego zysku) pozostawia otwartym pytanie czy rzeczywiście mamy do czynienia z zaniżeniem cen za usługi wewnętrzne przy jednoczesnym „*drastycznym zawyżeniu cen za sprzątnięcie zewnętrzne*” (str. 21 pkt 2.7. zdanie pierwsze odwołania). Może być bowiem i tak, że mamy do czynienia z prawidłową wyceną za usługi wewnętrzne i „jedynie” wysoką (wynikającą z dotychczasowych doświadczeń wykonawcy, prezentowanych przez przystępującego na rozprawie) wyceną za usługi zewnętrzne.

Istnienie wątpliwości, które nie zostały rozwiane stanowi przeszkodę w odrzuceniu oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Sam odwołujący wyartykułował wątpliwości co do działań przystępującego, zaznaczając, że odpowiedź przystępującego z dnia 5 lipca 2022 r. jedynie „*sugeruje (...), że ustalając cenę nie uwzględnił rzeczywistych kosztów wykonania usługi na danym obiekcie, ale koszty dowolnie przesunął zarówno pomiędzy usługami jak i obiektami*” (str. 21 pkt 2.7. zdanie drugie odwołania).

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że brak jest wystarczających podstaw do odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zarzut trzeci – zaniechania wezwania wybranego wykonawcy do udzielenia wyjaśnień dotyczących podstaw, przyczyn oraz zgodności z prawem występującej w cenie ofertowej proporcji pomiędzy stawką podatku VAT 23% a 8%, celem wykluczenia podstaw

do odrzucenia oferty tego wykonawcy jako zawierającej manipulację cenową, polegającą na kreowaniu ceny:

- w oparciu o znacznie zaniżone koszty usług sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych, objętych stawką podatku VAT 23%, tj. w oparciu o cenę, która nie pokrywa realnych kosztów i nie zawiera zysku, lecz zawierają znaczną stratę,
- w oparciu o znacznie zawyżone ceny usług utrzymania powierzchni zewnętrznych objętych obniżoną stawką podatku VAT, tj. 8%, na które to usługi przerzucono większą część kosztów usług sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych którą to manipulacja jest kwalifikowana jako czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż służy osiągnięciu sprzecznej z prawem korzyści w przetargu, polegającej na bezprawnym zniżeniu kwoty podatku VAT i w konsekwencji łącznej ceny oferty,

potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Jak wskazano w odniesieniu do zarzutu drugiego w toku badania i oceny ofert zamawiający nie żądał od przystępującego żadnych wyjaśnień co do relacji cen zaoferowanych za świadczenie usług sprzątnięcia wewnętrznego do cen zaoferowanych za świadczenie usług sprzątnięcia na zewnątrz.

Zbadanie istnienia podstaw do odrzucenia oferty przystępującego z zastosowaniem przepisu art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, uwzględniając stan faktyczny rozpoznawanej przez skład orzekający Izby sprawy, z przyczyn wskazanych w ramach zarzutu drugiego wymagałoby umożliwienia przystępującemu odniesienia się do budzących wątpliwości, tj. wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby odstąpił od nakazania zamawiającemu skierowania takiego wezwania do przystępującego wobec nakazania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Zarzut wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty podlegającej odrzuceniu i zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, która jest ofertą ważną i niepodlegającą odrzuceniu a nadto zawiera najkorzystniejszy bilans z oceny kryteriów ustalonych w postępowaniu.

W konsekwencji uznania, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty przystępującego (zarzut pierwszy) skład orzekający uznał także, że zamawiający niezasadnie, z naruszeniem art. 239 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp dokonał wyboru oferty

przystępującego jako najkorzystniejszej. Nie może bowiem zostać poddana ocenie z zastosowaniem ustanowionych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, a tym bardziej wybrana oferta podlegająca odrzuceniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 oraz § 5 pkt 2) lit. a i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: