

Sygn. akt KIO 2661/20

KIO 2662/20

WYROK

z dnia 10 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Anna Packo**

Protokolant: **Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 listopada 2020 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2020 r. przez wykonawcę **Norge Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

ENEA Operator Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu,

w imieniu której postępowanie prowadzi **ENEA Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu**

orzeka:

1. uwzględnia oba odwołania i nakazuje ENEA Operator Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością unieważnienie czynności odrzucenia ofert Norge Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w zakresie objętym odwołaniami oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie objętym odwołaniami z udziałem ofert Norge Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, w tym ewentualne wezwanie do udzielenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert,
2. kosztami obu postępowań obciąża ENEA Operator Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Norge Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania o sygn. KIO 2661/20,

- 2.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Norge Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania o sygn. KIO 2662/20,
- 2.3. zasądza od ENEA Operator Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na rzecz Norge Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika w odwołaniu o sygn. KIO 2661/20,
- 2.4. zasądza od ENEA Operator Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na rzecz Norge Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika w odwołaniu o sygn. KIO 2662/20.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z 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 Poznaniu.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2661/20

KIO 2662/20

Uzasadnienie

Zamawiający – ENEA Operator Sp. z o.o., w imieniu którego postępowanie prowadzi ENEA Centrum Sp. z o.o. prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonywanie usług „sprzątania pomieszczeń w budynkach ENEA Operator Sp. z o.o. Oddział Dystrybucji Poznań RD Chodzież z utrzymaniem czystości terenów zewnętrznych przy siedzibie RD od 01.11.2020 do 31.10.2022” – ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 8 czerwca 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 109-265588 (sprawa o sygn. akt KIO 2661/20) oraz „sprzątania pomieszczeń oraz utrzymania porządku wokół obiektów podległych jednostek terenowych ENEA Operator Sp. z o.o. Oddział Dystrybucji Zielona Góra” – ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 18 czerwca 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 117-285029 (sprawa o sygn. akt KIO 2662/20).

Wartość zamówień jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2661/20

Odwołujący – Norge Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez podjęcie bezprawnej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny i dokonania dowolnej, a w konsekwencji nieprawidłowej, oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego,
2. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez kumulatywne zastosowanie powołanych przepisów w sytuacji, w której przesłanki ich zastosowania są odmienne i które statuują wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jako obligatoryjne i nieobligatoryjne,
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że złożenie oferty przez Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

4. art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, które wyjaśniałoby powody podjęcia przez Zamawiającego przedmiotowej decyzji, a zatem podanie uzasadnienia ogólnikowego,

5. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przejawiające się w bezprawnych i wadliwych decyzjach Zamawiającego, o których była mowa wyżej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego i powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego i dojazdu na rozprawę na podstawie faktury przedłożonej do akt sprawy.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że pismem z 28 września 2020 r., na podstawie przepisu art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

W wezwaniu Odwołujący został zobowiązany do wyjaśnienia powodów zaoferowania danej ceny w ramach sprzątnia wewnętrznego (w wysokości 1.400,00 zł netto) oraz sprzątnia zewnętrznego (w wysokości 12.000,00 zł netto) oraz wskazania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W wyjaśnieniach z 1 października 2020 r., stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, Odwołujący szczegółowo wyjaśnił powody, dla których możliwe było skalkulowanie ceny na zaoferowanym poziomie. Jednocześnie przedstawił szczegółową kalkulację ceny oferty, odnoszącą się do sprzątnia wewnętrznego i zewnętrznego. Odwołujący sporządził tę kalkulację w układzie: koszty, przychody i zysk, szczegółowo określając przedmiot i wartości finansowe, składające się na każdą z wymienionych kategorii ekonomicznych.

W wyniku dokonanej oceny wyjaśnień Zamawiający doszedł do przekonania, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał, że zgodnie z formularzem oferty po aukcji elektronicznej, Odwołujący zaoferował za sprzątnie wewnętrzne cenę w wysokości 1400,00 zł netto za miesiąc. Przedstawione wyjaśnienia nie potwierdzają, że wykonawca jest w stanie zrealizować usługę sprzątnia wewnętrznego za tę kwotę. Jednocześnie Odwołujący zaoferował usługę sprzątnia zewnętrznego za kwotę w wysokości 12.000,00 zł netto za miesiąc. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zakres usług sprzątnia wewnętrznego stanowi zdecydowanie szerszy zakres usługi niż usługa sprzątnia zewnętrznego. Z

przedstawionych przez Odwołującego wyjaśnień wynika, że zastosował on mechanizm subsydiowania skrośnego, czyli pokrywania kosztów usług dla jednej z grup odbiorców wpływami z umów od innych grup odbiorców. Działanie takie jest zakazane przez prawo i nie mogło stanowić usprawiedliwienia dla „symbolicznej” ceny oferty w zakresie sprzątnia wewnętrznego. Ponadto działanie takie stanowi przejaw manipulacji cenami ofertowymi, co stanowi delikt nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w przepisie art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Zamawiającego zaoferowane ceny za usługę sprzątnia wewnętrznego są rażąco niskie i stanowią *de facto* sprzedaż poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, co wypełnia dyspozycję art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W opinii Odwołującego z oceną Zamawiającego nie sposób się zgodzić z następujących przyczyn.

Po pierwsze w orzecznictwie prezentowany jest pogląd, iż z mocy przepisu art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający nie jest uprawniony do badania istotnych części składowych ceny oferty (wyrok KIO 1210/20). Skoro zaś czynność wezwania Odwołującego nie była legalna, to czyni to ocenę wyjaśnień, złożonych w oparciu o niezgodną z prawem czynność, wadliwą, a zatem czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych należy uznać za niezgodną z prawem.

Ponadto w wezwaniu Zamawiający zastosował dualizm podstawy prawnej wezwania, tj. art. 90 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tymczasem w orzecznictwie wskazuje się, że są to dwie odrębne podstawy prawne – pierwsza z nich znajduje zastosowanie w sytuacji, w której cena budzi wątpliwości Zamawiającego, zaś druga, gdy zostaną spełnione przesłanki do obligatoryjnego wezwania do wyjaśnień. Obie podstawy prawne odnoszą się również do innego zakresu badania, zatem stosowanie ich kumulatywnie jest błędne, co przesądza o wadliwości wezwania do złożenia wyjaśnień i w konsekwencji dalszych czynności Zamawiającego realizowanych w oparciu o powyższe.

Niezależnie od powyższego ani przepis art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, ani art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych nie daje podstaw do odrzucenia oferty z powodu zaoferowania rażąco niskiej istotnej części składowej oferty. Przepisy te pozwalają jedynie na odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny lub kosztu. Oznacza to, że nawet stwierdzenie niedoszacowania istotnych części oferty nie stanowi podstawy do automatycznego przyjęcia, że cena zaoferowana przez Odwołującego jest rażąco niska. To z kolei obliguje Zamawiającego do wykazania, w przypadku podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy, że nierzetelnie została skalkulowana istotna część składowa ceny i powyższe stanowi o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny.

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający uchybił tym obowiązkom. Wskazał bowiem jedynie, że cena zaoferowana przez Odwołującego za usługę sprzątnięcia wewnętrznego jest rażąco niska. Ocena taka z powyższych powodów obarczona jest zatem błędem. Zamawiający bowiem nie wykazał, że cena zaoferowana przez Odwołującego za sprzątnięcie wewnętrzne czyni cenę oferty nierealną, a zatem rażąco niską oraz nie przedstawił w tym względzie żadnej analizy. Także stwierdzenie, iż cena za sprzątnięcie wewnętrzne jest rażąco niska, pozostaje gołosłowne, bowiem Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty nie przedstawił analizy świadczącej o rażąco niskiej części składowej oferty. Stwierdzenie jedynie przez Zamawiającego, że wyjaśnienia nie potwierdzają, że Odwołujący jest w stanie zaoferować usługę sprzątnięcia wewnętrznego za zaoferowaną kwotę, nie może być uznane za wystarczające, skoro wykonawca złożył szczegółowe wyjaśnienia. Jeśli Zamawiający uznał, że wyjaśnienia nie potwierdzają okoliczności wskazanych przez Odwołującego, winien był je zakwestionować i uzasadnić, co legło u podstaw przedmiotowego twierdzenia. Skoro tego nie uczynił, świadczy to o braku podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny. Odwołujący przedstawił w rzeczonych wyjaśnieniach szczegółową kalkulację ceny za sprzątnięcie wewnętrzne i zewnętrzne, z podziałem na przychody, koszty i zysk. Zamawiający się do tej kalkulacji nie odniósł, w żadnym zakresie jej nie zakwestionował, zwłaszcza w aspekcie kategorii kosztów.

Tymczasem Odwołujący skalkulował w tej kategorii m.in. koszty osobowe, które w najwyższym zakresie obciążają koszty świadczenia usługi sprzątnięcia wewnętrznego, wskazując, ilu pracowników przeznaczył do realizacji zamówienia, w jakim wymiarze etatu, z jakim wynagrodzeniem. Liczba pracowników wymaganych przez Zamawiającego (2 osoby) została ujęta w kalkulacji kosztów nawet w ilości wyższej, co przeczy twierdzeniu Zamawiającego o subsydiowaniu skrośnym. Zamawiający nie zakwestionował kosztów jako kategorii globalnej, jak też poszczególnych elementów. Zatem Odwołujący nie zgadza się z twierdzeniem Zamawiającego, że zastosował mechanizm subsydiowania skrośnego, choć Zamawiający nawet nie wskazał, na czym on w istocie polega, a wyjaśnił jedynie, czym jest ten mechanizm. Gdyby w istocie Odwołujący nie ujął pewnych kosztów kalkulując usługę sprzątnięcia wewnętrznego, to Zamawiający musiałby zakwestionować koszty skalkulowane przez Odwołującego oraz jego zysk, a w konsekwencji cenę oferty. Niczego takiego nie uczynił, a zatem oczywistym jest, że Odwołujący udźwignął ciężar wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska. Zamawiający żądał sporządzenia przez Odwołującego kalkulacji ceny za usługę sprzątnięcia, ale nie dokonał jej oceny, choć podjął decyzję w postaci odrzucenia oferty Odwołującego.

Stwierdzenie przez Zamawiającego mechanizmu skrośnego subsydiowania oparte jest jedynie na podstawie jednego zdania z wyjaśnień Odwołującego, które zostało wyrwane z kontekstu i które nie stanowi całości wyjaśnień Odwołującego. W świetle przedstawionej

przez Odwołującego kalkulacji sytuacja zakwalifikowana przez Zamawiającego jako mechanizm subsydiowania skrośnego miała jedynie na celu pokazanie, że założony przez Odwołującego zysk, ze względu na zaistniałą sytuację, będzie nawet wyższy niż wynikałoby to z kalkulacji, a nie, że, jak przyjął Zamawiający, ta korzystna dla Odwołującego sytuacja pozwoliła mu na nieskalkulowanie określonych kosztów w cenie za usługę sprzątnia wewnętrznego.

Zamawiający stoi na stanowisku, że usługa sprzątnia wewnętrznego obejmuje znacznie szerszy zakres niż usługa sprzątnia zewnętrznego, jednakże tego nie uzasadnił. W ocenie Odwołującego twierdzenie to jest nieusprawiedliwione w świetle opisu przedmiotu zamówienia oraz złożonych przez Odwołującego wyjaśnień. Zdaniem Odwołującego ilość czy częstotliwość czynności do wykonania w ramach sprzątnia wewnętrznego nie przesądza o tym, że cena za świadczenie przedmiotowej usługi winna być wyższa niż cena za sprzątnie zewnętrzne. Dokonanie prostego porównania, na jakie powołał się Zamawiający, nie jest właściwe. Zamawiający pominął bowiem okoliczności, które mają istotny wpływ na kalkulację sprzątnia zewnętrznego, a które wynikają z treści opisu przedmiotu zamówienia oraz wyjaśnień.

Uszło uwadze Zamawiającego, że w ramach sprzątnia zewnętrznego wykonawca zobowiązany jest zaangażować określony sprzęt, który generuje dodatkowe koszty eksploatacyjne oraz związane z amortyzacją sprzętu. Usługa ta wiąże się też z utrzymywaniem pewnej gotowości, co również znalazło potwierdzenie w wyjaśnieniach Odwołującego. Odwołujący wskazał również na inne elementy kosztowe, które uwzględnia kalkulacja, a które nie występują w ramach sprzątnia wewnętrznego, czego Zamawiający nie wziął pod uwagę. To pokazuje, że wnioskowanie Zamawiającego obarczone jest błędem. Powołane przez Zamawiającego orzecznictwo jest nieadekwatne, gdyż żaden z tych wyroków nie dotyczy stwierdzenia przez Izbę rażąco niskiej ceny. Izba mechanizm skrośnego subsydiowania oceniała jedynie w kontekście czynu nieuczciwej konkurencji oraz w określonych warunkach.

Zatem Zamawiający, nie kwestionując kalkulacji ceny za usługę sprzątnia wewnętrznego, nie miał podstaw do stwierdzenia, że istotny koszt zamówienia jest rażąco niski, niezależnie od tego, że nawet gdyby to uczynił, powinien wykazać, że element ten stanowi o rażąco niskiej cenie. Z tych względów czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych należy uznać za niezgodą z prawem.

Ogólnikowe uzasadnienie decyzji odrzucenia oferty Odwołującego stanowi przekroczenie przez Zamawiającego dyspozycji przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie spełnia wymogu informacji o faktycznych powodach odrzucenia oferty. Objęcie przez Odwołującego złożonych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa nie modyfikuje

obowiązku Zamawiającego do uzasadnienia faktycznego podjętej decyzji w sposób, który wyjaśniałby powody odrzucenia oferty Odwołującego.

Co do zarzucanego czynu nieuczciwej konkurencji odwołujący wskazał, że skoro nie zastosował mechanizmu subsydiowania skrośnego, to o czynie nieuczciwej konkurencji nie może być mowy ani w rozumieniu art. 3 ust. 1, ani art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Dla stwierdzenia deliktu z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji niezbędne jest wykazanie zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta, czego Zamawiający nie wykazał. W przypadku zaś deliktu z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji istnieje po stronie Zamawiającego obowiązek wykazania, że doszło do sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia, czego Zamawiający nie uczynił, bowiem nie zakwestionował kalkulacji sporządzonej przez Odwołującego. Podobnie zaniechał wykazania, że wskazywany przez niego mechanizm został stworzony w celu eliminacji innych przedsiębiorców. W istocie twierdzenie to jest nielogiczne, nie da się bowiem twierdzić, że zaoferowanie ceny za usługę powyżej kosztów jej świadczenia, a to wynika z niezakwestionowanych wyjaśnień Odwołującego, miało na celu eliminację konkurencji. Ponadto hipotezą powołanego przepisu objęta jest sprzedaż usług, a nie oferowanie usług, a zatem również w odniesieniu do powyższego deliktu przesłanki się nie zaktualizowały. Przywołane przez Zamawiającego orzecznictwo odnoszące się do czynu nieuczciwej konkurencji jest nieadekwatne do stanu faktycznego sprawy. Zamawiający nie dostrzega bowiem, że dotyczy sytuacji, w której zaniżone skalkulowanie poszczególnych elementów ceny ma zapewnić wykonawcy przewagę konkurencyjną wobec faktu, że te zaniżone elementy ceny są dodatkowo punktowane. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający nie punktował dodatkowo żadnej usługi, jedynym kryterium oceny ofert była cena, zamówienie jest rozliczane miesięcznie za wykonaną usługę, co wskazuje, że Odwołujący nie miałby jakiegokolwiek interesu, aby wskazany przez Zamawiającego mechanizm zastosować.

Wskazany przez Odwołującego koszt usługi sprzątnięcia wewnętrznego jest realny, co wykazał w wyjaśnieniach, przedstawiając odpowiednią kalkulację, której Zamawiający nie zakwestionował, a zatem prowadzenie jakichkolwiek rozważań w kierunku czynu nieuczciwej konkurencji jest bezprzedmiotowe. Brak było zatem podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu czynu nieuczciwej konkurencji.

II Stanowisko Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2662/20

Odwołujący – Norge Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wniósł odwołanie w zakresie części nr 1, 2, 6, 7 i 8 zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez podjęcie bezprawnej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego w ramach części nr 1, 2, 6, 7 i 8 zamówienia z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny i dokonania dowolnej, a w konsekwencji nieprawidłowej, oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego,
2. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez kumulatywne zastosowanie powołanych przepisów w sytuacji, w której przesłanki ich zastosowania są odmienne i które statuują wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jako obligatoryjne i nieobligatoryjne,
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że złożenie oferty w ramach części 1, 2, 6, 7 i 8 stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
4. art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewskazanie, wbrew dyspozycji powołanego przepisu, uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, a jedynie podanie ogólnikowych przyczyn,
5. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przejawiające się w bezprawnych i wadliwych decyzjach Zamawiającego, o których była mowa wyżej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w ramach części 1, 2, 6, 7 i 8 i powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego i dojazdu na rozprawę na podstawie faktury przedłożonej do akt sprawy.

Co do części nr 1 zamówienia Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał, że pismem z 29 września 2020 r., na podstawie art. 90 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. W uzasadnieniu wezwania Zamawiający zobowiązał Odwołującego do wyjaśnienia powodów zaoferowania danej ceny w ramach sprzątnia wewnętrznego oraz wskazania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny sprzątnia wewnętrznego.

W wyjaśnieniach z 1 października 2020 r., stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, Odwołujący szczegółowo wyjaśnił powody, dla których możliwe było skalkulowanie ceny na zaoferowanym poziomie, zwłaszcza w zakresie sprzątnia wewnętrznego. Jednocześnie przedstawił szczegółową kalkulację ceny oferty odnoszącą się do sprzątnia wewnętrznego. Odwołujący sporządził tę kalkulację w układzie: koszty, przychody i zysk, szczegółowo określając przedmiot i wartości finansowe składające się na każdą z wymienionych kategorii ekonomicznych.

W wyniku dokonanej oceny wyjaśnień Zamawiający doszedł do przekonania, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w uzasadnieniu podając, że Odwołujący zastosował mechanizm subsydiowania skrośnego, czyli pokrywania kosztów usług dla jednej z grup odbiorców, wpływami z umów od innych grup odbiorców. Działanie takie jest zakazane przez prawo i nie mogło stanowić usprawiedliwienia dla „symbolicznej” ceny oferty w zakresie sprzątnia wewnętrznego (wyrok KIO 473/17). Ponadto, zdaniem Zamawiającego, opisane wyżej działanie stanowi przejaw manipulacji cenami ofertowymi, co stanowi delikt nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w przepisie art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Zamawiającego zaoferowane ceny za usługę sprzątnia wewnętrznego są rażąco niskie i stanowią *de facto* sprzedaż poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, co wypełnia dyspozycję art. 15 ust 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający wskazał również, że zakres sprzątnia wewnętrznego wskazany w opisie przedmiotu zamówienia ma zdecydowanie szerszy zakres niż sprzątnie zewnętrzne, działanie Odwołującego w zakresie takiego podziału ceny w ramach sprzątnia zewnętrznego oraz wewnętrznego związane jest z różnymi stawkami VAT od poszczególnych usług objętych przedmiotem zamówienia i w konsekwencji prowadzi do zaniżenia stawki VAT od poszczególnych usług objętych przedmiotem zamówienia i w konsekwencji prowadzi do zaniżenia stawki za sprzątnie powierzchni wewnętrznych. Usługa sprzątnia powierzchni wewnętrznych objęta jest bowiem 23% stawką VAT, a usługa sprzątnia terenów zewnętrznych stawką 8%. Konsekwencją powyższego jest więc zaniżenie podatku VAT. Wykonawca, przypisując poszczególnym z usług inne wartości niż rzeczywiście winny być przypisane, tak skonstruował cenę swojej oferty, że działanie to dało mu możliwość zdobycia przewagi konkurencyjnej i w konsekwencji pozwoliłoby mu na uzyskanie zamówienia.

Odwołujący nie zgodził się z oceną Zamawiającego.

Wskazał, że z mocy przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający uprawniony jest do badania istotnych części składowych ceny oferty, jednak ani art. 90 ust. 3, ani art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych nie daje podstaw do odrzucenia oferty w przypadku zaoferowania rażąco niskiej istotnej części składowej oferty. Przepisy te pozwalają jedynie na odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny lub kosztu. Oznacza to, że nawet stwierdzenie niedoszacowania istotnych części oferty nie stanowi podstawy do automatycznego przyjęcia, że cena zaoferowana przez wykonawcę jest rażąco niska. To z kolei, w przypadku podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy, obliuguje zamawiającego do wykazania, że nierzetelnie została skalkulowana istotna część

składowa ceny oferty, co z kolei stanowi o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający uchybił tym obowiązkom. Wskazał bowiem jedynie, że cena zaoferowana przez Odwołującego za usługę sprzątnięcia wewnętrznego jest rażąco niska. Ocena taka z powyższych powodów jest obarczona błędem. Zamawiający bowiem nie wykazał, że cena za sprzątnięcie wewnętrzne czyni cenę oferty nierealną, a zatem rażąco niską oraz nie przedstawił w tym względzie żadnej analizy. Powyższe świadczy już o braku podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny.

Nadto stwierdzenie, iż cena za sprzątnięcie wewnętrzne jest rażąco niska, pozostaje gołosłowne. W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego brak jest argumentów o rażąco niskiej części składowej oferty. Twierdzenie, że w cenie usługi za sprzątnięcie wewnętrzne nie zostały ujęte określone koszty (bez określenia, o jakie koszty chodzi i jaka jest ich wysokość) nie wytrzymuje konfrontacji ze złożonymi przez Odwołującego wyjaśnieniami. Odwołujący przedstawił w wyjaśnieniach szczegółową kalkulację ceny za sprzątnięcie wewnętrzne, z podziałem na przychody, koszty i zysk. Zamawiający do tej kalkulacji się nie odniósł ani jej nie zakwestionował, zwłaszcza w aspekcie kategorii kosztów. Tymczasem Odwołujący skalkulował w tej kategorii m.in. koszty osobowe, które w najwyższym zakresie obciążają koszty, wskazując, ilu pracowników przeznaczył do realizacji zamówienia, w jakim wymiarze etatu, z jakim wynagrodzeniem, przy czym ilość pracowników odpowiada wymogom Zamawiającego. Zamawiający nie zakwestionował kosztów, jako kategorii globalnej, jak też poszczególnych elementów kreujących kategorię „koszt”. Odwołujący zatem nie zgadza się z twierdzeniem Zamawiającego, że zastosował mechanizm subsydiowania skrośnego, choć nawet nie wskazał, na czym ono polega, a wyjaśnił jedynie, czym jest ten mechanizm. Gdyby w istocie Odwołujący nie ujął pewnych kosztów kalkulując usługę sprzątnięcia wewnętrznego, to Zamawiający musiałby zakwestionować koszty skalkulowane przez Odwołującego, jego zysk, przychody, a w konsekwencji cenę oferty. Niczego takiego nie uczynił, a zatem oczywistym jest, że Odwołujący udźwignął ciężar wykazania, że cena w ramach części nr 1 zamówienia nie jest rażąco niska. Zamawiający żądał sporządzenia przez Odwołującego kalkulacji ceny za usługę sprzątnięcia wewnętrznego, a nie dokonał jej oceny, choć podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Co do mechanizmu skrośnego subsydiowania, to jego rzekome stwierdzenie przez Zamawiającego oparte jest jedynie na podstawie jednego zdania z wyjaśnień Odwołującego, które zostało wyrwane z kontekstu i które nie stanowi całości wyjaśnień Odwołującego. W świetle przedstawionej przez Odwołującego kalkulacji sytuacja zakwalifikowana przez Zamawiającego jako mechanizm subsydiowania skrośnego miała jedynie na celu pokazanie, że założony przez Odwołującego zysk, ze względu na zaistniałą sytuację, pozwoli na wygenerowanie w istocie jeszcze wyższego zysku niż założony przez Odwołującego, a nie,

że, jak przyjął Zamawiający, ta korzystna dla Odwołującego sytuacja, którą opisał Odwołujący, a która jest przedmiotem sporu, pozwoliła mu na nieskalkulowanie określonych kosztów w cenie za usługę sprzątnięcia wewnętrznego. Powołane przez Zamawiającego orzecznictwo jest nieadekwatne, gdyż żaden z wyroków nie dotyczy stwierdzenia przez Izbę rażąco niskiej ceny. Izba mechanizm skrośnego subsydiowania oceniała jedynie w kontekście czynu nieuczciwej konkurencji oraz w określonych warunkach, co Zamawiający pominął.

Zamawiający, nie kwestionując kalkulacji ceny za usługę sprzątnięcia wewnętrznego, nie miał podstaw do stwierdzenia, że istotny koszt zamówienia jest rażąco niski, niezależnie od tego, że nawet, gdyby to uczynił, powinien wykazać, że ten element stanowi o rażąco niskiej cenie, której to oceny nawet nie podjął. Z tych względów czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych należy uznać za niezgodą z prawem. Art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga, aby dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień potwierdziła zaoferowanie rażąco niskiej ceny. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający w sposób dowolny i wybiórczy dokonał oceny tych wyjaśnień, a zatem jej wynik nie może być prawidłowy.

Powyższe potwierdza treść pisma z 6 października 2020 r., w którym Zamawiający nie wyjaśnił, z jakich przyczyn nie przyjął wyjaśnień Odwołującego, wskazując jedynie na mechanizm subsydiowania skrośnego. Jednakże nawet mechanizm ten, niezależnie od tego, że Odwołujący go nie zastosował, nie przesądza automatycznie o rażąco niskiej cenie.

Wobec braku uzasadnienia faktycznego z punktu widzenia okoliczności relewantnych dla sprawy i w świetle powołanych przepisów nie można również uznać, że Zamawiający w sposób właściwy wykonał dyspozycję przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się do przypisywanego mu czynu nieuczciwej konkurencji Odwołujący wskazał, że nie zastosował mechanizmu subsydiowania skrośnego, więc o czynie nieuczciwej konkurencji nie może być mowy, ani w rozumieniu art. 3 ust. 1, ani art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Dla stwierdzenia deliktu z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji niezbędne jest wykazanie zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta, czego Zamawiający nie wykazał. W przypadku zaś deliktu z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji istnieje po stronie Zamawiającego obowiązek wykazania, że doszło do sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia, czego Zamawiający nie uczynił. Podobnie jak zaniechał wykazania, że opisywana sytuacja została stworzona w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Hipotezą powołanego przepisu objęta jest też sprzedaż usług, a nie ich oferowanie, zatem również w odniesieniu do powyższego

deliktu przesłanki się nie zaktualizowały. Przywołane przez Zamawiającego orzecznictwo odnoszące się do czynu nieuczciwej konkurencji jest nieadekwatne do stanu faktycznego sprawy, dotyczy bowiem sytuacji, w której zaniżone skalkulowanie poszczególnych elementów ceny ma zapewnić wykonawcy przewagę konkurencyjną wobec faktu, że te zaniżone elementy ceny są dodatkowo punktowane. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający nie punktował dodatkowo żadnej usługi, jedynym kryterium oceny ofert była cena, zamówienie jest rozliczane miesięcznie za wykonaną usługę, co wskazuje, że Odwołujący nie miałby jakiegokolwiek interesu, aby wskazany przez Zamawiającego mechanizm zastosować.

Odwołujący podkreślił, że koszt usługi za sprzątnięcie wewnątrz jest realny, co wykazał w wyjaśnieniach przedstawiając odpowiednią kalkulację, której Zamawiający nie zakwestionował, a zatem prowadzenie jakichkolwiek rozważań w kierunku czynu nieuczciwej konkurencji jest bezprzedmiotowe, bowiem nie mamy do czynienia z działaniem niezgodnym z prawem czy dobrymi obyczajami, jak i sprzedażą usług poniżej kosztów.

Co do rzekomego zniżenia podatku VAT – Zamawiający nie wyjaśnił, w jaki sposób kwalifikuje to zdarzenie. Zniżenie podatku VAT mogłoby wystąpić w sytuacji zastosowania nieprawidłowej stawki VAT, co odnotowywane jest w orzecznictwie przy próbie kwalifikacji usług lub dostaw jako kompleksowych. Powyższe jednak w przypadku Odwołującego nie występuje.

Zamawiający wywodzi, że Odwołujący powinien na wyższym poziomie skalkulować cenę za usługę sprzątnięcia wewnętrznego, a na niższym usługę za sprzątnięcie zewnętrzne, jednocześnie nie kwestionując kalkulacji ceny za usługę sprzątnięcia wewnętrznego. Oznacza to, że Zamawiający w istocie kwestionuje wysokość marży, jednak takie uprawnienie Zamawiającemu nie przysługuje. Dopóki Odwołujący wykazuje zysk, którego Zamawiający nie jest w stanie zakwestionować, Zamawiający nie ma podstaw do twierdzenia, że podatek VAT został zniżony. Twierdzenie o chęci uzyskania przewagi konkurencyjnej jest nieporozumieniem, bowiem każdy z wykonawców winien skalkulować cenę oferty na realnym poziomie, gwarantującym należyte wykonanie zamówienia, zaś poziom zysku jest okolicznością irrelevantną w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z tych przyczyn brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu czynu nieuczciwej konkurencji,

Co do pozostałych części zamówienia (nr 2 i 6-8) Odwołujący wskazał, że pismem z 29 września 2020 r., na podstawie przepisu art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. W uzasadnieniu wezwania Zamawiający wskazał, że cena oferty jest niższa o 41,19% od wartości

zamówienia powiększonej o należy podatek VAT, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i w związku z powyższym Odwołujący zobowiązany jest do wyjaśnienia powodów zaoferowania danej ceny odrębnie dla każdej z ww. części postępowania oraz wskazania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W wyjaśnieniach z 1 października 2020 r., stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, Odwołujący szczegółowo wyjaśnił powody, dla których możliwe było skalkulowanie ceny na zaoferowanym poziomie. Jednocześnie przedstawił szczegółową kalkulację ceny oferty. Odwołujący sporządził tę kalkulację w układzie: koszty, przychody i zysk, szczegółowo określając przedmiot i wartości finansowe, składające się na każdą z wymienionych kategorii ekonomicznych.

W wyniku dokonanej oceny wyjaśnień Zamawiający doszedł do przekonania, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający powołał się na rzekome zastosowanie przez Odwołującego mechanizmu subsydiowania skróśnego z uzasadnieniem jak dla części nr 1. Nadto, zdaniem Zamawiającego, powyższe stanowi przejaw manipulacji cenami ofertowymi, co zakwalifikował jako czyn nieuczciwej konkurencji z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Zamawiającego zaoferowane przez Odwołującego ceny za usługę sprzątnięcia wewnętrznego są rażąco niskie i stanowią *de facto* sprzedaż poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, co wypełnia dyspozycję art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący nie zgodził się z taką oceną. Podtrzymał argumentację dla części nr 1 oraz wskazał na dualizm zastosowany przez Zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, tj. podstawę prawną wezwania – art. 90 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tymczasem w orzecznictwie wskazuje się, że są to dwie odrębne podstawy prawne i pierwsza z nich znajduje zastosowanie w sytuacji, w której cena budzi wątpliwości Zamawiającego, zaś druga, gdy zostaną spełnione przesłanki do obligatoryjnego wezwania do wyjaśnień. Obie podstawy prawne odnoszą się również do innego zakresu badania, zatem stosowanie ich kumulatywnie jest błędne, co przesądza o wadliwości wezwania do złożenia wyjaśnień i, w konsekwencji, dalszych czynności Zamawiającego realizowanych w oparciu o powyższe.

Niezakwestionowanie przez Zamawiającego kalkulacji przedstawionej przez Odwołującego w wyjaśnieniach, które potwierdzały zaoferowanie ceny na realnym poziomie, nie może

prowadzić do stwierdzenia rażąco niskiej ceny. W tych okolicznościach o jakimkolwiek manipulowaniu cenami nie może być mowy, podobnie jak o sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia, skoro nie zostały uznane przez Zamawiającego za nierzetelne. Zatem również twierdzenie o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji jest nietrafne.

III Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołania Zamawiający wniósł o ich oddalenie w całości jako oczywiście bezzasadnych.

Zamawiający wskazał, że dokonane przez niego czynności, polegające na odrzuceniu ofert Odwołującego są czynnościami wykonanymi prawidłowo oraz w sposób, który nie narusza obowiązujących przepisów, w szczególności w zakresie wskazanym w zarzutach Odwołującego.

Zamawiający oświadczył, że w całości podziela stanowisko Przystępującego wyartykułowane w piśmie z 5 listopada 2020 r.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego pismem z 28 września 2020 r. Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny całej oferty Odwołującego, bowiem oferta Odwołującego po aukcji (wartość 352.368,00 zł brutto) jest niższa o 35,58% od wartości zamówienia (546.974,59 zł). Wynika to z treści pisma.

Zgodnie z treścią art. 91 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień Zamawiający miał obowiązek zwrócenia się o wyjaśnienia do Odwołującego.

Jednocześnie Zamawiający sprecyzował wobec Odwołującego zobowiązanie do wyjaśnienia ceny dla sprzętania wewnętrznego i zewnętrznego. Nie oznacza to, że wyjaśnienia miały dotyczyć wyłącznie poszczególnych elementów ceny, a ceny jako całości, z uwagi na fakt, że jest ona niższa o 30% od wartości zamówienia.

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem i zarzutem Odwołującego, że nie jest uprawniony do badania nawet istotnych części składowych oferty. Przepis art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że w razie zaistnienia przesłanek Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1 art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w wymienionym w przepisie zakresie. Odwołujący, pomimo wątpliwości co do wezwania Zamawiającego, złożył wyjaśnienia w zakresie żądanym (choć nie podlegającym uwzględnieniu) przez Zamawiającego.

W wyjaśnieniach Odwołujący – zdaniem Zamawiającego – nie wykazał jednak, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Co więcej, wyjaśnienia Odwołującego wskazały jednocześnie Zamawiającemu, iż powodem istnienia rażąco niskiej ceny jest zastosowanie przez Odwołującego mechanizmu subsydiowania skrośnego, czyli pokrywanie kosztów usług

w przedmiotowym postępowaniu wpływami z umów od innych odbiorców. Odwołujący sam w treści wyjaśnień wskazał, że koszty zatrudnienia pracowników są już przez niego ponoszone i nie obciążają kontraktu. Czyli uznać można, że Odwołujący sam wskazał, że w koszcie pracy wewnątrz pomieszczeń nie uwzględnił kosztów zatrudnienia pracowników. Stanowi to delikt nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. art. 15 ust. 1 pkt 1 tej 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.

Niezależnie od czynu nieuczciwej konkurencji Zamawiający nadal uznaje, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, która właśnie jest efektem tego czynu nieuczciwej konkurencji. Zaoferowanie niskiej ceny lub kosztu usprawiedliwić mogą cechy i okoliczności zindywidualizowane, właściwe dla konkretnego wykonawcy, ale muszą mieć one charakter obiektywny. Nie może to być więc polityka cenowa firmy czy chęć podjęcia długoterminowej współpracy. Wymienione w art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych czynniki muszą charakteryzować się cechą wyjątkowości dostępnej dla danego wykonawcy. Oznacza to, że wykonawca, podając konkretne przykłady, powinien je dokładnie opisać i wskazać, jak wpływają one na obniżenie ceny lub kosztu oferty. Jednocześnie przykłady te nie mogą polegać na wskazaniu niskich cen, lecz na wyjaśnieniu, jakim sposobem ten właśnie wykonawca ma możliwość zaoferowania takich cen. Istotne jest, aby wykonawca wykazał, że dzięki temu może różnić się od innych wykonawców, którym takie akurat czynniki nie są dostępne. Jeżeli cecha właściwa danemu wykonawcy jest bez trudu dostępna dla innych wykonawców, nie może być mowy o szczególnych okolicznościach pozwalających na zaoferowanie niskiej ceny lub kosztu. Jak wskazał SO w Warszawie w wyroku z 5 stycznia 2007 r., sygn. V Ca 2214/06, nie można powoływać się na stosowanie niższych marż, zaopatrywanie się bezpośrednio u producentów czy posiadanie stałego kręgu kontrahentów, gdyż tego typu czynniki są dostępne dla każdego z wykonawców. Jednocześnie przy udzielaniu wyjaśnień należy uwzględniać istniejące przepisy, w tym politykę społeczną państwa i przepisy dotyczące ochrony środowiska. Taką cechą mają wyjaśnienia w zakresie kosztów pracy, gdzie ustawodawca wyraźnie określił, że koszty przyjęte do ustalenia ceny nie mogą być niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę, wynikające z odpowiednich przepisów. Nie oznacza to konieczności zatrudniania pracowników na podstawie umowy o pracę z co najmniej minimalnym wynagrodzeniem, lecz konieczność ustalania ceny oferty w oparciu o rzetelne wskaźniki płacowe.

Ustawodawca w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie zawarł definicji kosztów pracy. Powszechnie przyjmuje się, że koszty pracy to ogół wydatków, jakie ponosi

przedsiębiorca w związku z pozyskaniem, utrzymaniem, przekwalifikowaniem i doskonaleniem pracowników. Wchodzą w to również koszty z tytułu obowiązkowych składek na ubezpieczenia społeczne. Przyjmuje się, że koszty pracy składają się z dwóch części. Pierwszą z nich są koszty pozapłacowe, do których zaliczamy wszystkie składki, oraz koszty pracy, jakie ponosi przedsiębiorca poza wynagrodzeniem bezpośrednim. Druga grupa to koszty płacowe, w których skład wchodzi wynagrodzenia osobowe, dodatki oraz nagrody i premie.

Istotnymi częściami składowymi ceny będą te części składowe ceny lub kosztu, które ze względu na wielkość lub rozmiar (znaczący udział części składowej ceny w całości zamówienia) i przypisane im ceny mogą spowodować nienależyte wykonanie lub niewykonanie zamówienia. Za istotną część składową zaoferowanej ceny lub kosztu należy uznać m.in. koszty pracy. Z 1 września 2016 r. ustawa z 22 lipca 2016 r. o zmianie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz niektórych innych ustaw zmieniła brzmienie art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w ten sposób, że wykonawca, udzielając wyjaśnień dotyczących kosztów pracy, nie może przyjąć, że wartość kosztów pracy, którą przyjęto do ustalenia ceny, byłaby niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

Odwołujący wskazał, że koszty zatrudnienia pracowników są już przez niego ponoszone i nie obciążają kontraktu. Co więcej, nie wykazał, że pracownikami, których zamierza wykorzystać do realizacji przedmiotowego zamówienia faktycznie dysponuje.

Szczególnym czynnikiem, który należy wyróżnić obok kosztów pracy, jest pomoc publiczna. Wykonawca może uzasadnić niskie koszty pracy pomocą publiczną a nie w ogóle brak kosztów pracy. Poza tym wykonawca może powoływać się na pomoc publiczną, która została mu przyznana, a nie na zamiar ubiegania się o taką pomoc. Jedynie w takim przypadku możliwe jest definitywne ustalenie udziału wykonawcy w ponoszeniu kosztów wynagrodzenia pracowników, względem których przyznawane jest dofinansowanie, a informacja ta jest niezbędna dla zamawiającego w procesie oceny, czy cena lub koszt są rażąco niskie. Zamawiający nie otrzymał od Odwołującego takiego rodzaju wyjaśnień, które pozwoliłyby mu na jednoznaczne uznanie, że właśnie do realizacji tego konkretnego kontraktu Odwołujący skieruje do pracy pracowników, dla których otrzymuje taką pomoc. Odwołujący nie potwierdził też w żaden sposób, że z takiej pomocy korzysta. Istnieje też wątpliwość, czy pracownicy, którzy mieliby być skierowani do obsługi przedmiotowego zamówienia i których koszty pracy miałyby nie obciążać tego kontraktu, bo już są przez Odwołującego ponoszone w ramach innego kontraktu, są faktycznie finansowani przez Odwołującego. Czy w ramach tego „innego” kontraktu ich koszty pracy też są zerowe, bo są

ponoszone przez Odwołującego w ramach jeszcze innych kontraktów lub w całości subsydiowane.

Zamawiający wskazał, że wykonawcy przy ubieganiu się o udzielenie zamówienia powinni każdorazowo dokonać alokacji kosztów na poszczególne grupy swoich odbiorców, aby miały one charakter realny i nie zaburzały konkurencji rynkowej, która jest fundamentem procedur udzielania zamówień publicznych.

Odwołujący sam przyznał się w wyjaśnieniach do zastosowania subsydiowania skrośnego, uzasadniając niską cenę usług sprzątnięcia wewnętrznego będącego częścią przedmiotu zamówienia wykonywaniem innych zleceń w pobliżu, za które również otrzymuje wynagrodzenie i z których może pokryć koszty przedmiotowego zamówienia. Zamawiający miał zatem podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego choćby na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Gdyby nie jednoznaczne przyznanie przez Odwołującego dokonywania subsydiowania skrośnego – stwierdzenie, że działania Odwołującego wypełniały definicję czynu nieuczciwej konkurencji, jakim jest subsydiowanie skrośne możliwe byłoby do ustalenia poprzez cele, do których prowadziły – jako udowodnione w sposób pośredni, gdyż działania Odwołującego – zaoferowania nierealistycznej ceny – nie da się inaczej w sposób racjonalny wytłumaczyć, jak tylko motywacją do uzyskania na swoją rzecz zamówienia publicznego w sposób pozaprawny i niezgodny z uczciwymi praktykami rynkowymi. W celu kwalifikacji czynu Odwołującego jako subsydiowania skrośnego, należy bowiem nie tylko wykazać samo zaspokajanie kosztów postępowania z innymi postępowaniami, ale również wykazać, że czyni to w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku, co wynika z charakteru czynu nieuczciwej konkurencji.

Sam Odwołujący wskazał, że gdyby nie wadliwa czynność Zamawiającego (odrzućenie jego oferty) to jego oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Biorąc pod uwagę fakt, że pierwotnie (przed aukcją) Odwołujący złożył ofertę o prawie pół miliona złotych wyższą, uznać należy, że celem Odwołującego była niedozwolona eliminacja innych wykonawców z rynku.

W kontekście powyższych argumentów uzasadnione jest również oparcie przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający nie zgodził się też z twierdzeniem, że nie przedstawił uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego. Zdaniem Zamawiającego uzasadnienie odrzucenia oferty jest zgodne z treścią przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz jest adekwatne i wyczerpujące zarówno w kontekście wezwania do złożenia wyjaśnień, jak i udzielonej przez Odwołującego odpowiedzi.

IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przetargowego przedstawionej przez Zamawiającego oraz stanowisk Stron przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołania zasługują na uwzględnienie.

W obu sprawach czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 [prawidłowo: pkt 4] w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez podjęcie bezprawnej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny i dokonania dowolnej, a w konsekwencji nieprawidłowej, oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego,
2. art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez kumulatywne zastosowanie powołanych przepisów w sytuacji, w której przesłanki ich zastosowania są odmienne i które statuują wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jako obligatoryjne i nieobligatoryjne,
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że złożenie oferty przez Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
4. art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, które wyjaśniałoby powody podjęcia przez Zamawiającego przedmiotowej decyzji, a zatem podanie uzasadnienia ogólnikowego,
5. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przejawiające się w bezprawnych i wadliwych decyzjach Zamawiającego, o których była mowa wyżej.

Wskazane przepisy stanowią:

Art. 7 ust. 1: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.”

Art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; 4) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;”

Art. 90 ust. 1 i ust. 1a: „1. Jeżeli 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 zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2018 r. poz. 2177);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

1a. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.”

Art. 90 ust. 3: „Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

Art. 92 ust. 1 pkt 3: „Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o: (...)

- 3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności (...) – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.”

W sprawie o sygn. KIO 2661/20, pismem z 28 września 2020 r., Zamawiający, powołując się na art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia oraz przedstawienia szczegółowej kalkulacji wyliczenia ceny, potwierdzającej realność wykonania zamówienia z uwzględnieniem wszystkich kosztów jego realizacji. Zamawiający wskazał, że cena oferty Odwołującego po aukcji elektronicznej w wysokości 352.368,00 zł jest niższa o 35,58% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty. Zamawiający wskazał, że wykonawca zobowiązany jest do wyjaśnienia powodów zaoferowania danej ceny odrębnie dla sprzątnia wewnętrznego (w wysokości 1.400,00 zł netto) oraz sprzątnia zewnętrznego (w wysokości 12.000,00 zł netto) oraz wskazania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, m.in. w szczególności:

- koszty pracy, w tym jednostkowe koszty umów o pracę zawartych z osobami, które będą wykonywały usługę sprzątnia wraz z liczbą osób zatrudnionych, wymiarem etatów, a także kosztami ponoszonymi przez pracodawcę w tym zakresie z podziałem na sprzątnie wewnętrzne oraz sprzątnie zewnętrzne,
- wysokość spodziewanego zysku,
- koszty zapewnienia sprzętu i wyposażenia oraz środków chemicznych, myjących, czyszczących, dezynfekujących i toaletowych w ilościach niezbędnych do utrzymania obiektów w czystości – wymaganych zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (wraz ze wskazaniem liczby każdego z rodzajów środków na cały okres realizacji umowy oraz cen jednostkowych tych środków),
- koszty zapewnienia sprzętu i wyposażenia oraz środków chemicznych, materiałów eksploatacyjnych, narzędzi i materiałów w ilościach niezbędnych do utrzymania otoczenia obiektów w czystości – wymaganych zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (wraz ze wskazaniem liczby środków, materiałów oraz narzędzi przeznaczonych na cały okres realizacji umowy oraz ich cen jednostkowych),
- oszczędności metody wykonania zamówienia,
- wybrane rozwiązania techniczne,
- wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy,
- pomoc publiczna udzielona na podstawie odrębnych przepisów.

Zamawiający wskazał też, że wyjaśnienia dotyczące ceny oferty powinny wyraźnie wskazywać na argumenty potwierdzające realność, opłacalność i rynkowość dokonanej wyceny. W wyjaśnieniach należy wykazać, iż różnica pomiędzy ceną ofertową oraz cenami konkurencji jest uzasadniona względami obiektywnymi, które pozwalają na wykonanie zamówienia bez poniesienia straty finansowej lub bez konieczności finansowania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne. Celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie zweryfikowania poprawności dokonanej kalkulacji ceny dla wszystkich elementów zamówienia. Podstawą odpowiedzi powinna być szczegółowa kalkulacja cenowa, która udowodni, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, w przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały jedynie charakter iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen. Na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wykonawca zobowiązany jest do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami.

Pismem z 1 października 2020 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego powołując jako podstawę prawną art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – ponieważ jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że wykonawca został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia oraz przedstawienia szczegółowej kalkulacji wyliczenia ceny, potwierdzającej realność wykonania zamówienia z uwzględnieniem wszystkich kosztów jego realizacji. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień w zakresie ceny, jeżeli zarówno cena, jak i części składowe ceny, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tak więc argument Odwołującego wskazany w wyjaśnieniach, a dotyczący braku możliwości badania rażąco niskiej ceny z poziomu poszczególnych elementów składowych zamówienia, należy uznać za nieprawidłowy. Ponadto zamawiający zobowiązany jest do badania rażąco niskiej ceny zarówno przed, jak i po aukcji elektronicznej, a więc odesłanie w wyjaśnieniach do cen wskazanych w informacji z otwarcia ofert jest nieprawidłowe na obecnym etapie postępowania (podczas aukcji elektronicznej wykonawcy skutecznie składali postąpienia). Zgodnie z formularzem oferty po aukcji elektronicznej, wykonawca zaoferował za sprzątnięcie wewnętrzne cenę w wysokości 1400,00 zł netto/miesiąc. Przedstawione wyjaśnienia nie potwierdzają, że wykonawca jest w stanie zrealizować usługę sprzątnięcia wewnętrznego za tę kwotę. Jednocześnie wykonawca

zaoferował na usługę sprzątnia zewnętrznego kwotę w wysokości 12.000,00 zł netto/miesiąc. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zakres usługi sprzątnia wewnętrznego stanowi zdecydowanie szerszy zakres usługi niż usługa sprzątnia zewnętrznego.

Z przedstawionych przez Odwołującego wyjaśnień wynika, że w ramach postępowania zastosował mechanizm subsydiowania skrośnego, czyli pokrywanie kosztów usług i dostaw dla jednej z grup odbiorców, wpływami z umów od innych grup odbiorców. Działanie takie zakazane jest przez prawo i nie mogło stanowić usprawiedliwienia dla „symbolicznej” ceny oferty w zakresie sprzątnia wewnętrznego. Zgodnie z wyrokiem KIO 473/17 wykonawcy przy ubieganiu się o udzielenie zamówienia powinni każdorazowo dokonać alokacji kosztów na poszczególne grupy swoich odbiorców, aby miały one charakter realny i nie zaburzały konkurencji rynkowej, która jest fundamentem procedur udzielania zamówień publicznych. Odwołujący wprost wskazał w wyjaśnieniach, że stosuje mechanizm subsydiowania skrośnego uzasadniając cenę usługi w ramach sprzątnia wewnętrznego wykonywaniem innych zleceń w pobliżu, za które również otrzymuje wynagrodzenie i z których może pokryć koszty omawianej usługi. Dodatkowo wprost w wyjaśnieniach wskazał, że taktycznie i świadomie zaoferował cenę oferty skalkulowaną w opisany sposób. Utrwalony w orzecznictwie jest pogląd, że tzw. subsydiowanie skrośne stanowi przejaw nieuczciwej konkurencji i tym samym jest niedozwolone w myśl ustawy Prawo zamówień publicznych (KIO 66/16, KIO 69/16, KIO 73/16, KIO 437/13). Takie zachowanie jest nie tylko naganne z punktu widzenia dobrych obyczajów, ale też stanowi przejaw manipulacji cenami oferowanymi. Proceder manipulacji zastosowany przez wykonawcę należy uznać za przejaw czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie natomiast z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, 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. Zaoferowane ceny za usługę sprzątnia wewnętrznego są rażąco niskie i stanowią *de facto* sprzedaż usługi poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, co wypełnia dyspozycję art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Podobnie w sprawie o sygn. KIO 2662/20 Zamawiający, pismem z 29 września 2020 r., powołując się na art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość

zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia oraz przedstawienia szczegółowej kalkulacji wyliczenia ceny, potwierdzającej realność wykonania zamówienia z uwzględnieniem wszystkich kosztów jego realizacji dla części 1, 2, 6, 7 i 8 postępowania.

W uzasadnieniu wezwania w zakresie części 1. Zamawiający wskazał, że w formularzu oferty po aukcji elektronicznej Odwołujący zaoferował wynagrodzenie miesięczne netto w zakresie sprzątnięcia wewnątrz budynków w wysokości 1.000,00 zł. Biorąc pod uwagę wymagania, jakie wykonawca zobowiązany jest spełnić, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia określonym w rozdziale II specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zobowiązany jest do wyjaśnienia powodów zaoferowania danej ceny w ramach sprzątnięcia wewnętrznego oraz wskazania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny sprzątnięcia wewnętrznego.

W wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej cena oferty Odwołującego:

- a) dla części 2. w wysokości 39.497,76 zł jest niższa o 41,19% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług,
- b) dla części 6. w wysokości 31.025,52 zł jest niższa o 47,04% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert,
- c) dla części 7. w wysokości 35.431,38 zł jest niższa o 35,33% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług,
- d) dla części 8. w wysokości 32.914,80 zł jest niższa o 30,60% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert oraz o 56,99% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty.

Zamawiający podkreślił, że wykonawca zobowiązany jest do wyjaśnienia powodów zaoferowania danej ceny, odrębnie dla każdej z ww. części postępowania, oraz wskazania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, m.in. w szczególności:

- koszty pracy, w tym jednostkowe koszty umów o pracę zawartych z osobami, które będą wykonywały usługę sprzątnięcia wraz z liczbą osób zatrudnionych, wymiarem etatów, a także kosztami ponoszonymi przez pracodawcę w tym zakresie,
- wysokość spodziewanego zysku,
- koszty zapewnienia sprzętu i wyposażenia oraz środków chemicznych, myjących, czyszczących, dezynfekujących i toaletowych w ilościach niezbędnych do utrzymania obiektów w czystości – wymaganych zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (wraz ze

wskazaniem liczby każdego z rodzajów środków na cały okres realizacji umowy oraz cen jednostkowych tych środków),

- oszczędności metody wykonania zamówienia,
- wybrane rozwiązania techniczne,
- wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy,
- pomoc publiczna udzielona na podstawie odrębnych przepisów.

Wyjaśnienia dotyczące ceny oferty powinny wyraźnie wskazywać na argumenty potwierdzające realność, opłacalność i rynkowość dokonanej wyceny. W wyjaśnieniach należy wykazać, iż różnica pomiędzy ceną ofertową oraz cenami konkurencji jest uzasadniona względami obiektywnymi, które pozwalają na wykonanie zamówienia bez poniesienia straty finansowej lub bez konieczności finansowania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne. Celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie zweryfikowania poprawności dokonanej kalkulacji ceny dla wszystkich elementów zamówienia. Podstawą odpowiedzi powinna być szczegółowa kalkulacja cenowa, która udowodni, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, w przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały jedynie charakter iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Wykonawca zobowiązany jest do złożenia Zamawiającemu wyjaśnień wraz z dowodami.

Pismem z 1 października 2020 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa.

Także w sprawie o sygn. KIO 2662/20 Zamawiający dokonał odrzucenia ofert Odwołującego (w częściach nr 1, 2 i 6-8). Jako podstawę prawną odrzucenia Zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – ponieważ jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu dla części 1. Zamawiający podał, że w formularzu oferty po aukcji elektronicznej wykonawca zaoferował wynagrodzenie miesięczne netto w zakresie sprzątnięcia wewnątrz budynków w wysokości 1.000,00 zł. Biorąc pod uwagę wymagania, jakie zobowiązany jest spełnić zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia określonym w rozdziale II specyfikacji istotnych warunków zamówienia, został wezwany do wyjaśnienia powodów zaoferowania danej ceny w ramach sprzątnięcia wewnętrznego oraz wskazania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny sprzątnięcia wewnętrznego.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich 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 zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. W związku z tym argument Odwołującego wskazany w wyjaśnieniach, a dotyczący braku możliwości przez Zamawiającego badania rażąco niskiej ceny z poziomu poszczególnych elementów składowych zamówienia należy uznać za chybiony. Ponadto Zamawiający zobowiązany jest do badania rażąco niskiej ceny zarówno przed, jak i po aukcji elektronicznej, a więc odesłanie w wyjaśnieniach do cen wskazanych w informacji z otwarcia ofert jest nieprawidłowe na obecnym etapie postępowania (po aukcji elektronicznej, podczas której wykonawcy skutecznie składali postąpienia).

Z przedstawionych wyjaśnień wynika, że wykonawca w ramach postępowania zastosował mechanizm subsydiowania skrośnego, czyli pokrywanie kosztów usług dla jednej z grup odbiorców, wpływami z umów od innych grup odbiorców. Działanie takie zakazane jest przez prawo i nie mogło stanowić usprawiedliwienia dla „symbolicznej” ceny oferty w zakresie sprzątnięcia wewnętrznego (KIO 473/17). Zgodnie z tym wyrokiem wykonawcy przy ubieganiu się o udzielenie zamówienia powinni każdorazowo dokonać alokacji kosztów na poszczególne grupy swoich odbiorców, aby miały one charakter realny i nie zaburzały konkurencji rynkowej, która jest fundamentem procedur udzielania zamówień publicznych. Wykonawca wprost wskazał w wyjaśnieniach, że stosuje mechanizm subsydiowania skrośnego uzasadniając cenę usługi w ramach sprzątnięcia wewnętrznego wykonywaniem innych zleceń w pobliżu, za które również otrzymuje wynagrodzenie i z których może pokryć koszty omawianej usługi. Jest normalną praktyką gospodarczą, że wykonawcy zajmujący się określoną dziedziną działalności świadczą usługi na rzecz różnych odbiorców i utrzymują konieczny w związku z tym potencjał techniczny i osobowy, jednak powinni, zwłaszcza przy ubieganiu się o zamówienia publiczne, dokonywać alokacji kosztów na poszczególne grupy swoich odbiorców, aby miały one charakter realny i nie zaburzały konkurencji rynkowej. Dodatkowo wykonawca wprost w wyjaśnieniach wskazał, że taktycznie i świadomie zaoferował cenę oferty skalkulowaną w opisany sposób. Utrwalony w orzecznictwie jest pogląd, że tzw. subsydiowanie skrośne stanowi przejaw nieuczciwej konkurencji i tym samym jest niedozwolone w myśl ustawy Prawo zamówień publicznych (KIO 66/16, KIO 69/16, KIO 73/16, KIO 437/13). Takie zachowanie jest nie tylko naganne z punktu widzenia dobrych obyczajów, ale też stanowi przejaw manipulacji cenami oferowanymi. Proceder manipulacji zastosowany przez wykonawcę należy uznać za przejaw czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie natomiast z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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. Zaoferowane przez Odwołującego ceny za usługę sprzątania wewnętrznego są rażąco niskie i stanowią *de facto* sprzedaż usługi poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, co wypełnia dyspozycję art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Ponadto zgodnie z formularzem oferty po aukcji elektronicznej, wykonawca zaoferował za sprzątanie wewnętrzne cenę w wysokości 1.000,00 zł netto/miesiąc. W ramach sprzątania zewnętrznego zaoferował natomiast kwotę w wysokości 5.830,00 zł netto/miesiąc. Wykonawca w ramach sprzątania zewnętrznego zobowiązany jest, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, od 1 kwietnia do 30 listopada do: a) podlewania trawy, krzewów i kwiatów – w miarę potrzeb; b) koszenia trawników – 2 razy w miesiącu oraz usuwania trawy we własnym zakresie, c) usuwania chwastów na klombie i w kwietnikach – raz w miesiącu.

Zakres sprzątania wewnętrznego wskazany w opisie przedmiotu zamówienia ma zdecydowanie szerszy zakres niż sprzątanie zewnętrzne.

Działanie wykonawcy w zakresie takiego podziału ceny w ramach sprzątania zewnętrznego oraz wewnętrznego związane jest z różnymi stawkami podatku VAT od poszczególnych usług objętych przedmiotem zamówienia i w konsekwencji prowadzi do zniżenia stawki za sprzątanie powierzchni wewnętrznych. Usługa sprzątania powierzchni wewnętrznych objęta jest bowiem 23% stawką podatku VAT, a usługa sprzątania terenów zewnętrznych stawką 8%. Konsekwencją powyższego jest więc zniżenie podatku VAT. Wykonawca, przypisując poszczególnym z usług inne wartości niż rzeczywiście winny być im przypisane, tak skonstruował cenę swojej oferty, że działanie to dało mu możliwość zdobycia przewagi konkurencyjnej i w konsekwencji pozwoliłoby na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Natomiast dla pozostałych części Zamawiający zastosował podobne uzasadnienie wskazując, że wykonawca został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia oraz przedstawienia szczegółowej kalkulacji wyliczenia ceny, potwierdzającej realność wykonania zamówienia z uwzględnieniem wszystkich kosztów jego realizacji. Cena oferty po aukcji elektronicznej jest niższa o wartość procentową wskazaną w wezwaniu do wyjaśnień od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług lub średniej arytmetycznej cen złożonych ofert.

Z przedstawionych wyjaśnień wynika, że w ramach postępowania Odwołujący zastosował mechanizm subsydiowania skrośnego, czyli pokrywanie kosztów usług i dostaw dla jednej z grup odbiorców wpływami z umów od innych grup odbiorców. Działanie takie zakazane jest więc przez prawo i nie mogło stanowić usprawiedliwienia dla ceny oferty (KIO 473/17). Zgodnie z tym wyrokiem wykonawcy przy ubieganiu się o udzielenie zamówienia powinni każdorazowo dokonać alokacji kosztów na poszczególne grupy swoich odbiorców, aby miały one charakter realny i nie zaburzały konkurencji rynkowej, która jest fundamentem procedur udzielania zamówień publicznych. Wykonawca wprost wskazał w wyjaśnieniach, że stosuje mechanizm zastosowania subsydiowania skrośnego uzasadniając cenę usługi w ramach sprzątnia wykonywaniem innych zleceń w pobliżu, za które również otrzymuje wynagrodzenie i z których może pokryć koszty omawianej usługi. Jest normalną praktyką gospodarczą, że wykonawcy zajmujący się określoną dziedziną działalności świadczą usługi na rzecz różnych odbiorców i utrzymują konieczny w związku z tym potencjał techniczny i osobowy, jednakże powinni zwłaszcza przy ubieganiu się o zamówienia publiczne, dokonywać alokacji kosztów na poszczególne grupy swoich odbiorców, aby miały one charakter realny i nie zaburzały konkurencji rynkowej. Dodatkowo wykonawca wprost w wyjaśnieniach wskazał, że taktycznie i świadomie zaoferował cenę oferty skalkulowaną w opisany sposób. Utrwalony w orzecznictwie jest pogląd, że tzw. subsydiowanie skrośne stanowi przejaw nieuczciwej konkurencji i tym samym jest niedozwolone w myśl ustawy Prawo zamówień publicznych. Takie zachowanie jest nie tylko naganne z punktu widzenia dobrych obyczajów, ale też stanowi przejaw manipulacji cenami oferowanymi. Proceder manipulacji zastosowany przez Odwołującego należy uznać za przejaw czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie natomiast z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji 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. Zaoferowane przez Odwołującego ceny za usługę sprzątnia wewnętrznego są rażąco niskie i stanowią *de facto* sprzedaż usługi poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, co wypełnia dyspozycje art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tak wysoka różnica w proporcjach wartości poszczególnych usług nie może być bowiem uznana jedynie za element kalkulacji (KIO 1934/12). Tym samym w ocenie Zamawiającego zaistniały podstawy ku temu, aby przypisać Odwołującemu także w tym zakresie popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W oparciu o powyższe wezwania, wyjaśnienia oraz uzasadnienia odrzucenia ofert Odwołującego Izba stwierdziła, co następuje.

Co do zarzutów obu odwołań dotyczących naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niewskazanie, wbrew dyspozycji powołanego przepisu, uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, a jedynie podanie ogólnikowych przyczyn, Izba stwierdziła, że zarzuty te nie potwierdziły się.

Zgodnie z przywołanym przepisem zamawiający ma obowiązek poinformować wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone oraz powodach odrzucenia oferty, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zamawiający, informując Odwołującego o odrzuceniu jego ofert, wypełnił dyspozycję tego przepisu, tj. podał zarówno podstawę prawną, jak i faktyczną podjętej decyzji. Z przekazanej Odwołującemu informacji mógł się on zorientować, jakie przyczyny legły u podstaw podjętej decyzji. Sama zaś okoliczność, czy jest to prawidłowa podstawa, jak też, czy uzasadnienie jest merytorycznie poprawne i czy wykonawca się z nimi zgadza, jest odrębną kwestią, wykraczającą poza dyspozycję tego przepisu. Potwierdza to sama treść odwołań – z powyższym Odwołujący polemizuje stawiając zarzuty w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co do zarzutów obu odwołań dotyczących naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez kumulatywne zastosowanie powołanych przepisów w sytuacji, w której przesłanki ich zastosowania są odmienne i które statuują wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jako obligatoryjne i nieobligatoryjne Izba stwierdziła po pierwsze, że zarzuty – jeśli rozpatrywać je w kontekście samego wezwania do wyjaśnień poziomu cen ofert – są spóźnione. Zamawiający przedmiotowych wezwań dokonał bowiem odpowiednio pismami z 28 i 29 września 2020 r., zatem termin na kwestionowanie wezwań w ramach środków ochrony prawnej upłynął, zgodnie z dyspozycją art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, po 10 dniach od otrzymania owego wezwania, czyli odpowiednio 8 i 9 października 2020 r.

Natomiast co do stwierdzenia Odwołującego w kontekście odrzucenia jego ofert, tj. że taka – wadliwa – czynność nie mogłaby być podstawą odrzucenia jego ofert, Izba nie podzieliła tego stanowiska. Po pierwsze bowiem wezwanie nie było nieprawidłowe. Wbrew twierdzeniu Odwołującego przepisy art. 90 ust. 1 i ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych nie wykluczają się wzajemnie, lecz uzupełniają. Każdy z nich stanowi o obligatoryjnym wezwaniu wykonawcy do wyjaśnień. Różnica pomiędzy nimi polega na tym, że w ustępie 1.

ustawodawca opisał stan, który wynika z własnej analizy i przekonania danego zamawiającego oraz jego własnych wątpliwości. Natomiast w ustępie 1a ustawodawca wskazał, kiedy zamawiający wątpliwości te powinien mieć „z mocy prawa”. Nie jest więc tak, że stany te nie mogą się pokrywać – kiedy różnica jest na tyle duża, jak wskazane w ustępie 1a 30%, to również zamawiający może mieć „własne” przekonanie, że cena wydaje się rażąco niska i budzi jego wątpliwości.

Po drugie, nawet gdyby Zamawiający nieprawidłowo przywołał podstawę prawną – ust. 1 zamiast ust. 1a lub na odwrót, obie lub żadnej z nich albo też powołał się na art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – nie zmienia to faktu, że każdorazowo ma prawo wezwać wykonawcę do wyjaśnień treści oferty, również w zakresie ceny. Na marginesie można bowiem zauważyć, że wyjaśnienia opisane w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych są regulacją specyficznego fragmentu wyjaśnień treści oferty, o których ogólnie mowa w art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co zaś do zarzutów naruszenia przez Zamawiającego – w obu postępowaniach – art. 89 ust. 1 pkt 3 [powinno być: pkt 4] w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez podjęcie bezprawnej decyzji o odrzuceniu ofert Odwołującego z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny i dokonania dowolnej, a w konsekwencji nieprawidłowej, oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne przyjęcie, że złożenie ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, Izba stwierdziła, że – na gruncie uzasadnienia decyzji Zamawiającego – zarzuty te potwierdziły się.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpatrywała zarzuty odwołań w kontekście ich zakresu wynikającego z samych odwołań, który to zakres z kolei wynikał z uzasadnień decyzji podjętych przez Zamawiającego, przytoczonych powyżej, które określają zakres sporu pomiędzy Stronami, natomiast nie z samego obiektywnego stwierdzenia, czy cena rzeczywiście jest rażąco niska, jak też czy taki jej sposób konstrukcji rzeczywiście stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający bowiem w swoich pismach zawarł konkluzje, które – aczkolwiek mogą być słuszne – to nie wynikają jednak z samych decyzji i ich uzasadnień. I w tym zakresie argumentacja Odwołującego zawarta w odwołaniach jest słuszna.

Odwołujący wskazał bowiem, z czym Izba się zgadza, że Zamawiający zanegował sposób obliczenia ceny i jej podziału na sprzętanie wewnętrzne i zewnętrzne, jednak tylko w sposób ogólny, nie odnosząc się w żaden sposób do konkretnych wyjaśnień Odwołującego, tj. ani przewidzianego nakładu pracy pracowników (w tym liczby etatów czy zakładanej pracochłonności – liczby godzin pracy), kosztów zatrudnienia pracowników (w tym

pobieranych lub oczekiwanych dopłat z PFRON, UP, EFS), kosztów materiałów i urządzeń itd.

Owszem, należy zgodzić się z Zamawiającym, że wysokość wynagrodzenia za sprzątnięcie wewnętrzne wydaje się zbyt niska, a za sprzątnięcie zewnętrzne zbyt wysoka w stosunku do spodziewanych kosztów tych usług, lecz kwestia ta – zdaniem Izby – nie została przez Zamawiającego dostatecznie wyjaśniona (a przynajmniej Zamawiający nie odniósł się do niej stawiając Odwołującemu zarzut nieprawidłowego jej obliczenia/podziału).

Odwołujący w swoich wyjaśnieniach, jako element znacząco wpływający na koszt pracy, tj. obniżenie tego kosztu w stosunku do wynagrodzeń wypłacanych pracownikom, wskazał na dopłaty do pracowników niepełnosprawnych oraz bezrobotnych, które rzeczywiście są powszechnie przez pracodawców przy tego typu usługach uwzględniane. Zatem Zamawiający powinien dokonać analizy, czy przy zastosowaniu odpowiedniej do zakresu pracy i wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia liczby pracowników i wymiaru ich etatów, po otrzymaniu dopłat, kosztu materiałów itd. koszt ten odpowiada wskazanemu przez Odwołującego.

Przy tym, w ocenie Izby, jeżeli dopłaty przysługują z mocy prawa ze względu na cechy pracownika i nie zależą od indywidualnej oceny organu je przyznającego, pracodawca ma prawo założyć, nawet jeśli jeszcze konkretnej osoby nie zatrudnił, że przy zatrudnieniu danego rodzaju pracownika, np. osoby niepełnosprawnej, zostaną one przyznane i obniżą tym samym koszt pracy ponoszony przez pracodawcę. Jest to powszechna i akceptowana praktyka wykonawców. Jeśli zaś zależą od uznania organu lub spełnienia specyficznych warunków, Zamawiający ma prawo oczekiwać dowodów na uzyskanie takiego dofinansowania (obecnie lub w przyszłości).

Natomiast w odniesieniu do wysokości ceny za sprzątnięcie zewnętrzne Odwołujący powołał się na wysokie koszty świadczenia tej usługi wynikające m.in. z faktu, że musi ponieść wyższe koszty zatrudnienia takiej osoby (brak dopłat i wyższe kwalifikacje) oraz koszty zakupu sprzętu, a także wkalkulować ryzyko wynikające z niemożliwych do przewidzenia warunków pogodowych.

Również tej kwestii Zamawiający nie poddał analizie. Uznał bowiem, że cena Odwołującego jest nieadekwatna do nakładu pracy wynikającego z opisu przedmiotu zamówienia – ale brak tu elementu kalkulacji potwierdzającego ową tezę.

Poza tym należy przyznać rację Odwołującemu, że – choć ogólnie jest to możliwe – to w tym przypadku, przy konstrukcji płatności za całość usługi sprzątnięcia, rozbijanie ceny na poszczególne elementy w postaci sprzątnięcia wewnętrznego i zewnętrznego w kontekście

ceny rażąco niskiej, w momencie, gdy jedną cenę Zamawiający uważa za rażąco niską, a drugą za rażąco wysoką, jest nieadekwatne do pojęcia oferty z rażąco niską ceną. Bowiem w stanie faktycznym wykreowanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia liczy się całość ceny.

Argumentacja Zamawiającego zawarta w informacjach o odrzuceniu ofert nie potwierdza więc zaistnienia w tych ofertach rażąco niskich cen ofert. Oczywiście jeśli Zamawiający ulepszy swoją argumentację nie jest wykluczone, że będzie w stanie taką rażąco niską cenę wykazać.

Natomiast odmienną kwestią jest potencjalne wystąpienie czynu nieuczciwej konkurencji. Taka bowiem inżynieria cenowa, na jaką wskazał Zamawiający, tj. zaniżenie ceny usługi objętej podatkiem od towarów i usług w wysokości 23% i rażąco zawyżenie ceny objętej podatkiem od towarów i usług w wysokości 8%, jeśli rzeczywiście zaistniała w ofercie, nie może być akceptowana na gruncie uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Daje bowiem takiemu wykonawcy nieuzasadnioną przewagę w postaci 15% ceny oferty. Narusza więc interes innych wykonawców, którzy ujęli podatek od towarów i usług. Z drugiej strony narusza także interes Zamawiającego – i to nie tylko przez nieprawidłową identyfikację oferty najkorzystniejszej – ale także jako podmiotu rozliczającego podatek od towarów i usług na podstawie otrzymywanych od wykonawców faktur.

Zamawiający, jak stwierdził podczas rozprawy, wcześniej zidentyfikował już powyższy problem, dlatego zobowiązał wykonawców do wskazania w formularzach ofertowych podziału ceny na oba rodzaje usług (sprzątanie wewnętrzne i zewnętrzne).

Wadą podjętej przez Zamawiającego czynności jest jednak wskazany powyżej fakt, że Zamawiający przed odrzuceniem oferty Odwołującego nie dokonał analizy ceny pod tym kątem, a przynajmniej nie znalazło to odzwierciedlenia w uzasadnieniu jego decyzji. Nie była to nawet okoliczność wskazywana we wszystkich uzasadnieniach.

Co zaś do kwestii wskazywanego przez Zamawiającego subsydiowania skrośnego – nie jest sporne, że, co do zasady, jest to działanie niedozwolone. Odwołujący podnosił jednak, że nie planuje takiego mechanizmu, a konkluzja Zamawiającego w tym zakresie wynika z wyrwania elementu wyjaśnień z kontekstu, którego dotyczyły.

W wyjaśnieniach Odwołujący rzeczywiście wskazał, że do wykonania zamówienia zamierza skierować osoby już obecnie zatrudnione, wykonujące sprzątanie w innych obiektach i których koszty pracy są już ponoszone, jakkolwiek ich nakład pracy jest mniejszy niż wynikający z etatu, zatem mogą zostać skierowane do wykonywania dodatkowej pracy.

W ocenie Izby wyjaśnienia te w tym zakresie nie do końca wskazują na bezpośrednie finansowanie pracowników z innych kontraktów – można je rozpatrywać raczej w kontekście

dofinansowania do pracowników z PFRON, UP i EFS, na które powołuje się wcześniej Odwołujący. Zatem być może chodzi tu nie tyle o opłacanie ich pracy z innych kontraktów, co o wykorzystanie do finansowania pomocy państwa. Jest to o tyle logiczne, że – przy otrzymaniu dofinansowania do pracownika (do etatu) – pracodawcy może się opłacać utrzymywanie pracownika, nawet jeśli wykonywana przez niego praca w danym momencie nie pokrywa bezpośrednio kosztów jego zatrudnienia i realnie jest mniejsza (godzinowo) niż wynikająca z wymiaru etatu, na którym jest on zatrudniony. Zwłaszcza przy tego typu działalności, w której wykonawca kończy i zaczyna różne kontrakty – zatem pracownicy nie we wszystkich okresach są wykorzystywani w sposób równomierny.

Jest to kwestia do wyjaśnienia.

W związku z powyższymi wadami Izba nie mogła uznać czynności Zamawiającego za prawidłową. Z tego powodu, w ocenie Izby, Zamawiający powinien powtórzyć czynność badania oferty Odwołującego, dokonać bardziej szczegółowej analizy złożonych przez niego wyjaśnień i ewentualne, jeśli nie będą one wystarczające do dokonania takiej pogłębionej analizy, poprosić o dodatkowe wyjaśnienia założeń oferty i jej wyceny.

Dla porządku Izba wyjaśnia, iż nie wskazała w sentencji podstawy prawnej takiego wezwania, gdyż, w zależności od jego zakresu, wezwanie będzie podlegało dyspozycji art. 90 ust. 1, art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, lub obu tych przepisów.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając, w każdej ze spraw, uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 15.000 złotych oraz koszt wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych.

Przewodniczący: