

WYROK
z dnia 14 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2017 r. przez wykonawcę A. sp. j. B. W. z siedzibą w J., w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Skarb Państwa – 41 Baza Lotnictwa Szkolnego w D., przy udziale Przystępującego – wykonawcy Z. S. W. J. J. M. (..) sp. z o. o. z siedzibą w G., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu w części I zamówienia:
 - 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 1.2. odrzucenie oferty Przystępującego z uwagi na fakt, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
 - 1.3. ponowne badanie i ocenę ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża Przystępującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę 18.600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze z,) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Skarb Państwa – 41 Baza Lotnictwa Szkolnego w D. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z podziałem na części na świadczenie usług kompleksowego utrzymania czystości budynków i terenów zewnętrznych w kompleksach wojskowych administrowanych przez 41 Bazę Lotnictwa Szkolnego w D. (nr sprawy 26/16/N), zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 25 listopada 2016 r., pod nr 2016/S 228-416420.

15 lutego 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o wyborze, w części I zamówienia (kompleksowe utrzymanie porządku i czystości pomieszczeń terenów zewnętrznych utwardzonych, terenów zielonych, pasów p.poż. i pasów ochronnych w kompleksach wojskowych administrowanych przez 41 Bazę Lotnictwa Szkolnego w D.: D. – Lotnisko, D. – Twierdza, G., S., R. koszarowy, R. – posterunek, R. JW 4929 i w Wojskowej Komendzie Uzuppełnień w B.), oferty wykonawcy Z. S. W. M. (...) J. J. sp. z o. o. z siedzibą w G. (dalej „M.”).

W dniu 27 lutego 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) wpłynęło odwołanie wykonawcy A. sp. j. B. W. z siedzibą w J. (dalej „Odwołujący”) od ww. czynności, w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty M. w zakresie zadania I, pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co dodatkowo potwierdzają wyjaśnienia, których ww. udzielił w dniu 19 stycznia 2017 r.,
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Znk”, przez zaniechanie odrzucenia oferty M. złożonej na realizację zadania I, pomimo że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów Znk, gdyż wykonawca ten sztucznie zaniżył cenę za

sprzątanie powierzchni wewnętrznych (stanowiących ok. 58% całości przedmiotu zamówienia) z uwagi na konieczność zastosowania wobec takich usług wyższej stawki VAT.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty M. w zakresie zadania I,
2. odrzucenia oferty M. w zakresie zadania I,
3. dokonania ponownej oceny ofert w zakresie zadania I,

Odwołujący stwierdził, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana przez Zamawiającego jako druga w rankingu ofert w zakresie zadania I, natomiast niezgodne z przepisami Pzp czynności Zamawiającego pozbawiają go możliwości uzyskania zamówienia. W sytuacji gdyby Zamawiający zachował się zgodnie z Pzp odrzuciłby ofertę M., która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów Znk. Wówczas oferta Odwołującego na zadanie I zostałaby sklasyfikowana jako pierwsza w rankingu ofert, natomiast on sam uzyskałby przedmiotowe zamówienie.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) Zamawiający, na podstawie art. 29 ust. 3a Pzp, wymagał, aby w całym okresie realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca lub podwykonawca skierował do realizacji umowy w zakresie bieżącego utrzymania czystości budynków i terenów zewnętrznych pracowników zatrudnionych na umowę o pracę.

W treści załącznika nr 1a do SIWZ (dalej „OPZ”) Zamawiający szczegółowo opisał zakres czynności, które będą świadczone przez wybranego wykonawcę w ramach zadania I. Zamawiający dokonał podziału czynności na utrzymanie czystości powierzchni wewnętrznych i terenów zewnętrznych. Wskazał które z nich będą wykonywane codziennie, a które w innej częstotliwości, oraz podał planowane godziny realizacji usług w poszczególnych obiektach. Zamawiający określił również minimalną liczbę wszystkich osób przeznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia – 50 osób, w tym:

1. minimum 28 pracowników do bezpośredniego świadczenia usług na powierzchniach wewnętrznych,
2. minimum 21 pracowników do bezpośredniego świadczenia przedmiotowych usług na terenach zewnętrznych,
3. 1 osobę pełniącą nadzór nad wykonywaniem usług.

Zamawiający wskazał, że określenie maksymalnej liczby osób, która gwarantuje nieprzerwaną realizację usług niezbędnych do wykonania zamówienia, leży w gestii wykonawcy. Wymagał, by 9 spośród 50 pracowników (minimum), którzy zostaną zatrudnieni przez wykonawcę w celu realizacji umowy, było zatrudnionych w pełnym wymiarze czasu pracy. Z treści OPZ wynika, że Zamawiający nie wymagał, aby wszyscy pracownicy wykonawcy, którzy będą realizować usługę, zostali zatrudnieni w pełnym wymiarze czasu pracy. Kalkulacja czasu pracy była uzależniona od określonego przez wykonawcę sposobu realizacji usługi, w tym od zakresu zastosowania specjalistycznego sprzętu. Innymi słowy, wymiar czasu pracy pozostałych pracowników należał do uznania wykonawcy, który w oparciu o postanowienia SIWZ (OPZ) powinien był oszacować niezbędną liczbę roboczogodzin do należytego wykonania zamówienia. Zamawiający wskazał również, że dopuszcza możliwość dodatkowego świadczenia usług przez wykonawcę w ramach zawartej umowy także w dni wolne od pracy, bądź też w godzinach nadliczbowych z przyczyn np. świąt wojskowych, oficjalnych wizyt. Za realizację przedmiotu zamówienia w godzinach innych niż wynikające z OPZ wykonawcy nie będzie przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie.

Zamawiający zawarł również informacje mające na celu umożliwienie oszacowanie przez wykonawcę kosztów dostarczania środków czystości, papieru toaletowego, ręczników papierowych, mydła, odświeżaczy powietrza oraz innych środków, których dostarczenie będzie wchodziło w zakres realizacji przedmiotu zamówienia – podał wielkości poszczególnych powierzchni oraz szacunkową liczbę osób, która z nich korzysta. Z treści OPZ wynikało również, że wykonawca będzie miał obowiązek ponoszenia kosztów użycia środków chwastobójczych (opryski), nasion kwiatów, nawozów i innych, których użycie będzie konieczne w celu wykonywania usług w zakresie utrzymania powierzchni zewnętrznych. Ostateczna ilość środków, które będą konieczne do wykonywania umowy (zarówno w zakresie powierzchni wewnętrznych, jak i terenów zewnętrznych) miała zostać określona przez wykonawcę na podstawie załączonych do OPZ tabel 1a-5a (powierzchnie wewnętrzne) oraz 1b-8b (tereny zewnętrzne).

Odwołujący zauważył, że z uwagi na to, że zasadniczą część przedmiotu zamówienia stanowić będzie świadczenie usług sprzątania (bieżącego utrzymania czystości), główny koszt związany z wykonywaniem umowy będą stanowić koszty osobowe – zatrudnienia pracowników. Pozostałe koszty – dostarczania środków czystości, higienicznych oraz związanych z pielęgnacją terenów zewnętrznych, użycia sprzętu, ubezpieczenia działalności, którego wymaga Zamawiający i inne niezbędne do wykonywania zadania, jakkolwiek istotne, mają charakter uboczny. Dodatkowo, wysokość tych kosztów

rozkłada się proporcjonalnie na koszt świadczenia usług wewnątrz budynków i na terenach zewnętrznych. Tym samym, biorąc pod uwagę minimalne ilości pracowników, które zostały przez Zamawiającego wskazane w treści OPZ dla poszczególnych rodzajów powierzchni (28 osób dla powierzchni wewnętrznych oraz 21 osób dla terenów zewnętrznych), Odwołujący wskazał, że co do zasady ok. 58 % kosztów wykonania zamówienia (netto) stanowić będzie świadczenie usług na powierzchniach wewnętrznych, zaś ok. 42 % kosztów będzie związana z utrzymaniem czystości terenów zewnętrznych.

Odwołujący dodał, że zgodnie z treścią SIWZ obowiązującą formą wynagrodzenia za wykonanie zamówienia jest wynagrodzenie ryczałtowe. Cena ofertowa jest całkowitym miesięcznym wynagrodzeniem ryczałtowym wykonawcy (obejmującym swym zakresem świadczenie usług w obszarze powierzchni wewnętrznych oraz terenów zewnętrznych). Zamawiający zobowiązał wykonawców do wskazania w formularzu ofertowym całkowitej miesięcznej ceny za świadczenie usług wraz z podaniem jaka część ceny przypada na powierzchnie wewnętrzne, a jaka na tereny zewnętrzne.

Żądanie przez Zamawiającego rozbicia w formularzu ofertowym ceny na część przypadającą na utrzymanie czystości powierzchni wewnętrznych oraz na tą, która przypada na tereny zewnętrzne, było związane m.in. z faktem, że przedmiotowe usługi są opodatkowane różnymi stawkami VAT. Zgodnie z treścią załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U.2016.710 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Ustawą o VAT”, usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni (poz. 176) oraz usługi związane z zamykaniem śmieci i usuwaniem śniegu (poz. 174) są opodatkowane stawką VAT w wysokości 8 % (art. 41 ust 2 w zw. z art. 146a pkt 2 Ustawy o VAT). Przedstawienie w formularzu ofertowym osobnych cen za utrzymanie czystości powierzchni wewnętrznych oraz terenów zewnętrznych było również istotne z uwagi na fakt, że załączony do SIWZ wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego, w treści § 6 odnoszącego się do zasad zapłaty wynagrodzenia wykonawcy, wymaga podania osobnych cen za te usługi.

Odwołujący stwierdził, że jakkolwiek Zamawiający wymagał od wykonawców podania w formularzu ofertowym osobnych cen za świadczenie usług na powierzchniach wewnętrznych oraz na terenach zewnętrznych, to w rozdziale XVI SIWZ odnoszącym się do kryteriów oceny ofert wskazał, że przy wyborze oferty najkorzystniejszej będzie kierował się kryterium ceny o wadze 100 %. Wyjaśnił jednocześnie, że przez cenę oferty należy rozumieć całkowite miesięczne wynagrodzenie ryczałtowe brutto wykonawcy przypadające za świadczenie usług kompleksowego utrzymania czystości budynków i terenów zewnętrznych. Tym samym, niezależnie od faktu, że wykonawcy byli zobligowani podać

w formularzu ofertowym również osobne ceny za te usługi, to istotną dla kryteriów oceny ofert była wyłącznie cena całej oferty. To wysokość tej ceny decydowała o tym, która oferta zostanie najwyżej oceniona, a w konsekwencji który z wykonawców uzyska zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w Postępowaniu zostały złożone następujące oferty (na realizację zadania 1):

Lp.	Wykonawca	Cena całkowita	Cena za powierzchnie wewnętrzne	Cena za tereny zewnętrzne
1	S. sp. z o.o.	netto – 381.999,25 zł brutto – 541.522,77 zł	netto – 259.757,15 zł brutto – 319.501,30 zł	netto – 122.242,10 zł brutto – 132.021,47 zł
2	Odwołujący	netto – 274.894,90 zł brutto – 320.448,91 zł	netto – 157.082,80 zł brutto – 193.211,84 zł	netto – 117.812,10 zł brutto – 127.237,07 zł
3	S. sp. z o.o.	netto – 6.267.478,55 zł brutto – 7.187.950,00 zł	netto – 2.793.821,14 zł brutto – 3.436.400,00 zł	netto – 3.473.657,41 zł brutto – 3.751.550,00 zł
4	M.	netto – 224.937,50 zł brutto – 253.578,29 zł	netto – 70.971,90 zł brutto – 87.295,44 zł	netto – 153.965,60 zł brutto – 166.282,65 zł

Z zestawienia ofert wynika, że ofertę z najniższą ceną złożył M. Charakterystyczne dla tej oferty jest jednak to, że M., w zamian za realizację usług w zakresie terenów zewnętrznych, zaoferował wycenę netto ponad dwukrotnie wyższą niż ta, która dotyczy powierzchni wewnętrznych (153.965,60 zł wobec 70.971,90 zł). Takie rozbieżności w cenie oferty jest całkowicie nieuzasadnione ujawnionym przez Zamawiającego w OPZ zakresie przedmiotu zamówienia, zgodnie z którym (uwzględniając koszty pracy) ok. 58 % wartości zamówienia stanowi koszt wykonania usług dotyczących powierzchni wewnętrznych, zaś ok. 42 % to koszty związane z utrzymaniem terenów zewnętrznych. Jednocześnie, nawet gdyby przyjąć, że faktyczny rozkład kosztów netto zamówienia przedstawia się inaczej niż przedstawiono powyżej, to z całą pewnością koszty te nie kształtują się w sposób, który wynika z oferty M. Zgodnie z nią jedynie ok. 32 % kosztów netto to koszty usług w zakresie wnętrz budynków, zaś pozostałe koszty (68 %) są związane z terenami zewnętrznymi. Taki rozkład ceny stoi w całkowitej sprzeczności z treścią OPZ, w szczególności zaś przedstawionym tam zakresem obowiązków oraz wskazaną przez Zamawiającego minimalną ilością pracowników, którzy mają realizować umowę na poszczególnych rodzajach powierzchni. Wskutek tego działania, polegającego na „przesunięciu” większości kosztów realizacji zamówienia na tę część ceny, która jest związana z utrzymaniem terenów zewnętrznych (opodatkowanym 8-procentową stawką VAT), M. był w stanie zaoferować cenę brutto, która była o 66.870,62 zł niższa od ceny brutto Odwołującego, podczas gdy rzeczywista różnica między cenami netto tych ofert wynosiła 49.957,40 zł. Tym samym

należy wskazać, że tylko dzięki zastosowanemu sposobowi kalkulacji ceny M. uzyskał względem Odwołującego dodatkową przewagę cenową w zakresie kwoty 16.913,22 zł.

Następnie Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 17 stycznia 2017 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust 1 Pzp, wezwał M. do udzielenia wyjaśnień oraz złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty. Zamawiający wskazał, że cena, która została zaoferowana przez M. za wykonanie zadania I i II, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w SIWZ, a także jest niższa o ponad 30 % od ustalonej przez Zamawiającego wartości zamówienia. Zamawiający, oprócz udzielenia wyjaśnień, żądał złożenia konkretnych dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W ślad za treścią art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający wskazał, że udzielone wyjaśnienia mają dotyczyć w szczególności takich elementów ceny jak: 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.2015.2008 j.t. ze zm.), pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający podkreślił również, że zgodnie z SIWZ wymaga, aby w całym okresie realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca lub podwykonawca skierował do realizacji umowy w zakresie bieżącego utrzymania czystości budynków i terenów zewnętrznych pracowników zatrudnionych na umowę o pracę, oraz że w zakresie zadania I wymaga zatrudnienia przez wykonawcę co najmniej 50 pracowników, którzy będą realizować usługę.

Zamawiający zwrócił się również do M. o wskazanie powodów zaoferowania przez tego wykonawcę niższego niż w poprzednim przetargu (obejmującego świadczenie usług w 2016 r.) miesięcznego wynagrodzenia za wykonywanie usług objętych zadaniem I, pomimo że w aktualnym postępowaniu Zamawiający wymaga zatrudnienia przez wykonawcę większej ilości pracowników (o 11) w stosunku do ilości określonej w roku ubiegłym, zwiększenia wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę i wprowadzenia minimalnej stawki godzinowej dla zleceniobiorców. Zamawiający zaznaczył również, że zwiększeniu w stosunku do poprzedniego roku uległy: całkowita powierzchnia objętych świadczeniem usług budynków (o 4 %), zewnętrznych terenów utwardzonych (o 4 %) i terenów zielonych (o 9 %). Zgodnie z treścią wezwania: „Koszty pracy wykazane przez wykonawcę muszą

odnosić się do niniejszego postępowania i jego uwarunkowań zawartych w Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia, a więc muszą odnosić się do wymaganej przez zamawiającego Uczty pracowników przewidzianych do realizacji zamówienia, wymiaru czasu ich pracy, form ich zatrudnienia jak i powierzchni określonej przez zamawiającego”. Zamawiający wskazał również, że w zakresie kosztów pracy przyjętych do ustalenia ceny wykonawca powinien był przyjąć wartość nie niższą od minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Zamawiający wymagał również przedstawienia następujących elementów mających wpływ na wysokość ceny oferty:

1. kosztu roboczogodziny (na powierzchniach wewnętrznych oraz na terenach zewnętrznych),
2. czasu wykonania poszczególnych czynności wymienionych w OPZ – wartościowo w ujęciu miesięcznym,
3. kosztu zużycia specjalistycznego sprzętu przyjętego przez wykonawcę do świadczenia usług.

M., zgodnie z treścią wezwania, miał obowiązek przedstawić kalkulację cenową uwzględniającą:

1. koszty zakupu i dostawy materiałów (środków czystości, detergentów) niezbędnych do świadczenia usług w zakresie powierzchni wewnętrznych,
2. koszty zakupu drobnego sprzętu gospodarczego niezbędnego do świadczenia usług w zakresie powierzchni wewnętrznych,
3. koszty zakupu oraz utrzymania sprzętu do utrzymania terenów zewnętrznych, uwzględniające zakres czynności i częstotliwość prac wynikających z OPZ,
4. koszty zakupu i dostawy nawozów i oprysków, piasku lub środków chemicznych do posypywania oblodzonych dróg, chodników, uwzględniające zakres czynności i częstotliwość prac wynikających z OPZ,
5. koszty sprzątnięcia różnych rodzajów powierzchni, uwzględniające zakres czynności i częstotliwość prac wynikających z OPZ,
6. koszty zapewnienia pracownikom jednolitych ubrań ochronnych z oznakami przynależności do podmiotu zatrudniającego oraz identyfikatorów z danymi osobowymi pracownika,
7. koszty średniomiesięcznego składowania i wywozu odpadów określonych w OPZ,
8. koszty zawarcia umów ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności,

9. koszty związane z odległością kompleksów wchodzących w zakres zadania oraz związanych z tym niezbędnych nakładów,
10. koszty związane z uwzględnieniem niezbędnego ryzyka związanego z realizacją przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 17 stycznia 2017 r. M., w dniu 19 stycznia 2017 r., udzielił wyjaśnień dotyczących ceny oferty. Na ośmiu stronach pisma, które zostało złożone Zamawiającemu, pierwsze dwie stanowią zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa oraz uzasadnienie tego zastrzeżenia (uznane za nieskuteczne przez Zamawiającego), natomiast pozostałe sześć stron stanowią wyjaśnienia elementów ceny za wykonanie zadania I (trzy strony) i zadania II (trzy strony).

Poprzedzając szczegółową kalkulację ceny oferty M. złożył ogólne zapewnienie, że cena za realizację zamówienia jest ceną rynkową i nie odbiega od cen podawanych przez innych wykonawców w podobnych przetargach, mających podobny zakres i złożoność wykonania oraz czas realizacji. Co istotne, nie wskazał jednak – choć miał taką możliwość – żadnych konkretnych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których wykonawcy zaoferowałyby zbliżoną cenę za podobny zakres usług. M. powołał się również na doświadczenie, które zostało przez niego nabyte przy realizacji na rzecz Zamawiającego poprzedniego zamówienia obejmującego ten sam zakres usług oraz na fakt, że świadczy usługi prawie 34 lata. Podobnie jak w przypadku odwołania się do cen oferowanych przez innych wykonawców za realizację podobnych zamówień, także w tym zakresie twierdzenia M. pozostały całkowicie gołosłowne – nie wskazał w jaki sposób posiadane przez niego doświadczenie wpłynęło na wysokość ceny.

W dalszej części wyjaśnień M. zamieścił kalkulację ceny na realizację zadania I sporządzoną z uwzględnieniem elementów wymaganych przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 17 stycznia 2017 r. Wbrew żądaniu Zamawiającego nie przedstawił jednak w wyjaśnieniach kosztów roboczogodziny (na powierzchniach wewnętrznych oraz na terenach zewnętrznych) oraz czasu wykonania poszczególnych czynności wymienionych w OPZ, które pozwoliłyby na zweryfikowanie przez Zamawiającego ujawnionej w kalkulacji wysokości kosztów pracy. Z uwagi na fakt, że zasadniczą część kosztów realizacji zamówienia stanowią koszty pracy, brak podania przez M. wymaganych przez Zamawiającego w wezwaniu kosztów roboczogodziny na poszczególnych powierzchniach oraz przewidywanego czasu wykonania poszczególnych czynności świadczy w istocie o tym, że M. nie wykonał wezwania Zamawiającego – nie złożył kompletnych, odpowiadających wezwaniu wyjaśnień, które mogłyby być następnie podstawą uznania przez Zamawiającego, że cena jego oferty nie nosi znamion rażąco niskiej.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że treść wyjaśnień udzielonych przez M., w szczególności treść kalkulacji, która została zawarta na str. 3-4 pisma potwierdza, że oferta złożona przez M. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i jako taka powinna być zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

M. wskazał, że w ramach zaoferowanej ceny netto (za cały przedmiot zamówienia – utrzymanie czystości powierzchni wewnętrznych oraz terenów zewnętrznych) przewidział poniesienie kosztów zatrudnienia 50 pracowników w wysokości 100.000,00 zł (poz. 1) oraz koszty opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne w wysokości 20.010,00 zł (poz. 2). Jednocześnie w treści wyjaśnień oświadczył, że pracownicy, którzy zostaną przez niego zatrudnieni w celu realizacji zamówienia, będą świadczyć usługę w pełnym zakresie czasu pracy („na pełnych etatach”). M. podkreślił, że takie założenia zostały przyjęte do kalkulacji ceny oferty, pomimo że Zamawiający wymagał zatrudnienia w pełnym wymiarze czasu pracy jedynie 9 pracowników (byłych pracowników Zamawiającego, którzy zgłosiliby chęć zatrudnienia u wybranego wykonawcy).

Sumując podane przez wykonawcę koszty pracy należy wskazać, że łącznie na poczet kosztów zatrudnienia pracowników przewidział (miesięcznie) kwotę 120.010 zł, co w przeliczeniu na jednego pracownika stanowi kwotę 2.400,20 zł. Wskazana kwota nie obejmuje jednak całości kosztów, które będą konieczne do poniesienia przez M. w celu zgodnego z prawem zatrudnienia jednego pracownika w pełnym wymiarze czasu pracy.

Jakkolwiek kwota 2.400,20 zł obejmuje wynagrodzenie brutto pracownika oraz wysokość składek na ubezpieczenie społeczne, to jej wysokość nie uwzględnia kosztów zastępstw pracowników w czasie urlopów wypoczynkowych. Przyjmując, w ślad za M., kwotę 2.400,20 zł jako koszt zatrudnienia jednego pracownika w pełnym wymiarze czasu pracy, należy wskazać na następujące okoliczności:

1. koszt godziny pracy jednego pracownika stanowi kwotę 14,37 zł (2.400,20 zł/167 godzin),
2. przyjmując, że każdemu z pracowników wykonawcy będzie przysługiwało średnio 21 dni urlopu wypoczynkowego w roku kalendarzowym, zaś umowa (stan na dzień składania wyjaśnień) będzie realizowana przez okres 11 miesięcy, należy wskazać, że każdy z pracowników będzie uprawniony do tego urlopu w liczbie 19,25 dni ($(21/12) \times 11$),
3. uwzględniając koszt jednej roboczogodziny pracownika (14,37 zł), 8-godzinny dzień pracy, wymiar urlopu, który będzie mu przysługiwał w czasie trwania umowy

(19,25 dni), liczbę pracowników, których zatrudnienie przyjął wykonawca jako podstawę kalkulacji ceny (50) oraz przyjętą do kalkulacji ceny liczbę miesięcy świadczenia usługi (11), należy stwierdzić, że łączny miesięczny koszt zastępstw w czasie urlopów wypoczynkowych pracowników stanowi 10.059,00 zł, co w przeliczeniu na jednego pracownika daje kwotę 201,18 zł.

Mając to na uwadze Odwołujący wskazał, że łączny miesięczny koszt zatrudnienia jednego pracownika, który powinien być zostać uwzględniony przez M. na etapie kalkulacji ceny oferty, to 2.601,38 zł (2.400,20 zł + 201,18 zł). Uwzględnienie w kalkulacji ceny oferty kosztów nieobejmujących konieczności zapewnienia ciągłości wykonywania usług przez cały okres realizacji umowy, w tym w czasie nieobecności pracowników podczas urlopów wypoczynkowych, stanowi o tym, że wykonawca nie przewidział w cenie oferty minimalnych kosztów pracy, których poniesienie będzie konieczne w sytuacji świadczenia usług przez 50 pracowników w pełnym wymiarze czasu pracy. W tym miejscu należy zauważyć, że wykonawca w poz. 11 kalkulacji, zatytułowanej „inne koszty”, która odnosi się przede wszystkim (zgodnie z treścią tej pozycji) do kosztów świadczenia usług w zakresie terenów zewnętrznych, zawarł informację, że wskazana w niej kwota 16.631,48 zł/miesiąc obejmuje również „koszty zastępstw pracowniczych”. Wysokość tej kwoty, która zgodnie z informacjami zawartymi w kalkulacji obejmuje także miesięczne „koszty paliwa związane z dojazdem do miejsc realizacji usług, koszty ogólne biura, koszty nadzoru, odśnieżania dachów itp., zakup nasion traw, kwiatów, środków chwastobójczych, piasku, pojemników na odpady i worków na odpady”, nie pozwala na uznanie, że M. w realnym stopniu uwzględnił koszt zapewnienia ciągłości świadczonych usług przez 50 pracowników w pełnym wymiarze czasu pracy. Szeroki zakres kosztów, który został uwzględniony przez wykonawcę w poz. 11 kalkulacji, nie pozwala w rzeczywistości na jakiegokolwiek, choćby w przybliżeniu, ustalenie jaka część kwoty ujętej w tej pozycji odnosi się do kosztów zastępstw pracowniczych. Okoliczności tej nie można również wywieść z „opisowej” treści udzielonych wyjaśnień, gdyż M. nie przedstawił takich informacji. M., uwzględniając tak wiele różnych i niepowiązanych ze sobą kosztów w jednej pozycji kalkulacji, w istocie uniemożliwił Zamawiającemu oraz pozostałym wykonawcom zweryfikowanie prawidłowości tego elementu wyceny. Nie przedstawił żadnych dowodów, które zobrazowałyby wysokość kosztów, których poniesienie przewiduje w związku z nabyciem nasion traw, kwiatów, środków chwastobójczych, piasku, pojemników i worków na odpady. Nie podał kosztów nabycia paliwa, odległości między swoją siedzibą lub inną bazą, z której będzie korzystał podczas wykonywania umowy, a poszczególnymi kompleksami budynków oraz szacunkowego spalania samochodów, których będzie używał do dowożenia dostaw, sprzętu

i pracowników. Nie wskazał również konkretnych kosztów funkcjonowania przedsiębiorstwa, które włączył do poz. 11 kalkulacji, oraz kosztów nadzoru nad świadczeniem usług. Wskazane braki uniemożliwiają weryfikację treści wyjaśnień. Powodują, że są one w tej części niekompletne, gdyż poszczególne koszty nie mogą zostać przyporządkowane do konkretnych wartości, których M. nie ujawnił, choć miał taki obowiązek. Omawiane wyjaśnienia zostały ograniczone jedynie do rozbicia globalnej ceny oferty na poszczególne składniki cenowe bez jakiegokolwiek, mającego charakter konkretny, wyjaśnienia podstaw ustalenia poszczególnych wartości.

W ocenie Odwołującego nie ulega również wątpliwości, że kwota 6.572,48 zł, która pozostaje po odjęciu kwoty 10.059,00 zł, stanowiącej koszt zastępstw w czasie urlopów wypoczynkowych pracowników, od kwoty 16.631,48 zł, która została wskazana w poz. 11 kalkulacji, nie pozwoli na pokrycie miesięcznych kosztów paliwa związanych z dojazdem do miejsc realizacji usług, kosztów ogólnych biura, kosztów nadzoru, odśnieżania dachów itp., zakupu nasion traw, kwiatów, środków chwastobójczych, piasku, pojemników na odpady i worków na odpady.

Nie sposób również uznać, że koszty zastępstw pracowników zostały uwzględnione przez wykonawcę w poz. 15 kalkulacji zatytułowanej „Rezerwa finansowa na niespodziewane wydatki”. Po pierwsze dlatego, że już sama treść tej pozycji wskazuje na to, że wydatki, które zostały do niej zakwalifikowane, mają charakter niemożliwych do przewidzenia na dzień sporządzenia kalkulacji (urlopy wypoczynkowe pracowników mają charakter cykliczny i przewidywalny – wynikają z przepisów prawa pracy), po drugie zaś dlatego, że M. literalnie wskazał w kalkulacji, że koszty zastępstw uwzględnił w poz. 11 (niezależnie od tego, że jest to kwota nierealna, całkowicie oderwana od realiów przedmiotu zamówienia).

Okolicznością która uniemożliwia uznanie, że M. należycie wywiązał się z wykonania wezwania do udzielenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny jest również to, że do złożonych wyjaśnień nie załączył żadnych dowodów, które potwierdzałyby wyliczenia zawarte w kalkulacji, przede wszystkim zaś koszty zakupu środków czystości (poz. 3), sprzętu gospodarczego (poz. 4), zakupu nasion traw, kwiatów, środków chwastobójczych, nawozów, piasku pojemników na odpady i worków (poz. 11). Zamawiający w treści wezwania z dnia 17 stycznia 2017 r. wprost wskazał, że oprócz przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny oczekuje przedstawienia konkretnych dowodów, które potwierdzą wysokość poszczególnych stawek. Tym samym należy uznać, że choć M. nie miał obowiązku składania dowodów na potwierdzenie tej części kalkulacji, która dotyczyła kosztów pracy, gdyż ich wysokość wynika z przepisów prawa, to miał jednak obowiązek wykazania

Zamawiającemu, że pozostałe koszty, które złożyły się na ostateczną cenę oferty, mają charakter rzeczywisty i zostały skalkulowane na podstawie realnych, rynkowych stawek. M. powinien był poprzeć odpowiednimi dowodami: koszty zakupu środków czystości, koszty zakupu sprzętu gospodarczego, koszty zakupu nasion traw, kwiatów, środków chwastobójczych, nawozów, piasku pojemników na odpady i worków, koszty zapewnienia pracownikom ubrań ochronnych i identyfikatorów, koszty składowania i wywozu pokosu, liści i śniegu, koszty zawarcia umów ubezpieczeniowych. Powinien był również przedstawić Zamawiającemu, o co ten wnosił jednoznacznie w treści wezwania z dnia 17 stycznia 2017 r., koszt roboczogodziny jednego pracownika oraz czas wykonania poszczególnych czynności wymienionych w OPZ, gdyż dopiero w oparciu o te wyliczenia Zamawiający (oraz inni wykonawcy) mogliby zbadać prawidłowość kosztów wykonywania poszczególnych usług składających się na przedmiot zamówienia (poz. 6-10 kalkulacji).

Odwołujący wskazał, że M., choć w poz. 5 wykazu podał przewidywany przez siebie koszt zakupu i amortyzacji (zużycia) sprzętu, który będzie mu służył to utrzymania porządku na terenach zewnętrznych, to nie wskazał jednak jaki to będzie sprzęt, w jakiej ilości go nabędzie, a przede wszystkim zaś nie złożył żadnego dowodu, który potwierdziłby, że wskazana przez niego kwota 7.350,00 zł została skalkulowana na podstawie realnych założeń. Oświadczył jedynie, że sprzęt zostanie nabyty „z częściowym dof. z PFRON”. Nie ujawnił jednak jaki będzie zakres tego dofinansowania.

Odwołujący zauważył, że M. powoływał się na możliwe do uzyskania dofinansowanie z PFRON także w zakresie kosztów pracy. Do treści wyjaśnień złożył podpisane przez siebie oświadczenie co do ilości zatrudnionych pracowników niepełnosprawnych oraz oświadczenie co do wysokości dofinansowania, które uzyskał z PFRON w listopadzie 2016 r. Wskazał jednak wprost, że możliwe do uzyskania dofinansowanie ma jedynie charakter „potencjalny” oraz że opracowana przez niego kalkulacja ceny oferty nie uwzględnia możliwości ewentualnego obniżenia kosztów zatrudnienia pracowników. Kwota o którą mógłby obniżyć koszty pracy z uwagi na otrzymane dofinansowanie, również nie miała charakteru konkretnego – „potencjalnie możemy uzyskać dopłaty w wysokości od 10.000 do 28.000 zł miesięcznie”. M. nie podjął nawet próby skonkretyzowania lub wyjaśnienia sposobu wyliczenia wysokości dopłat. Tym samym należy stwierdzić, że ewentualne uzyskanie dofinansowania z PFRON, które nawet dla M. miało charakter hipotetyczny, pozostaje w rzeczywistości bez znaczenia dla wyjaśnień, które miały na celu obalenie domniemania, że zaoferowana przez tego wykonawcę cena oferty nosi znamiona rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że przepis art. 90 ust. 1

pkt 2 Pzp stanowi o udzielonej pomocy publicznej, a nie tej, która ma jedynie charakter potencjalny i której wykonawca nie wliczył do kalkulacji ceny oferty.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący stwierdził, że treść złożonych wyjaśnień nie daje podstaw uznania, że M. wykazał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Niezależnie od powyższego odrębną okolicznością stanowiącą podstawę odrzucenia oferty M. na podstawie przepisu art 89 ust 1 pkt 4 oraz art 90 ust 3 Pzp jest to, że treść kalkulacji, która została zawarta w wyjaśnieniach, stoi w całkowitej sprzeczności z przedstawionymi w formularzu ofertowym cenami za wykonanie usług na powierzchniach wewnętrznych oraz na terenach zewnętrznych w zakresie zadania I.

M. podał w formularzu ofertowym następujące ceny za wykonanie usług: 70.971,90 zł za powierzchnie wewnętrzne oraz 153.965,60 zł za tereny zewnętrzne. Nie ulega wątpliwości, że treść wyjaśnień, które zostały złożone przez M. w dniu 19 stycznia 2017 r., powinna była odpowiadać cenom wynikającym z formularza ofertowego. Z treści kalkulacji wynika, że miesięczny koszt netto świadczenia usług na powierzchniach wewnętrznych, bez kosztów pracy, stanowi kwotę nie mniejszą niż 33.478,74 zł (suma pozycji odnoszących się wyłącznie do wykonywania usług wewnątrz budynków – 3-4, 6-10). Powyższa kwota nie zawiera również proporcjonalnej części pozostałych kosztów, które będą ponoszone przez wykonawcę w związku z realizacją całego kontraktu: kosztów ogólnych biura, kosztów nadzoru, kosztów zapewnienia pracownikom ubrań ochronnych i identyfikatorów, kosztów zawarcia umów ubezpieczeniowych, rezerwy finansowej na niespodziewane wydatki i zysku. Przyjmując na podstawie wynikającego z OPZ stosunku minimalnej liczby pracowników wymaganych do sprzątnięcia określonego rodzaju powierzchni, że wykonywanie usług wewnątrz budynków stanowi ok. 58 % wartości umowy, należy uznać, że do powyższej kwoty 33.478,74 zł należy doliczyć kwotę w wysokości 34.016,28 zł (suma pozycji odnoszących się do wspólnych dla obydwu rodzajów powierzchni kosztów – 11-12 i 14-16 – pomnożona przez 58 %; w tym miejscu należy ponownie wskazać, że szczegółowe ustalenie zakresu kosztów jest niemożliwe ze względu na ograniczony i ogólny charakter wyjaśnień). Suma powyższych kwot – 67.495,02 zł – nie zawiera kosztów pracy, które zgodnie z treścią OPZ (minimum 28 pracowników zatrudnionych do utrzymania czystości powierzchni wewnętrznych) oraz zawartą przez wykonawcę w wyjaśnieniach informacją, że wszyscy pracownicy zostaną przez niego zatrudnieni w pełnym wymiarze czasu pracy, stanowi kwotę nie mniejszą niż 67.205,60 zł (28 pracowników x 2.400,20zł, którą to kwotę przyjął wykonawca jako koszt zatrudnienia jednego pracownika; Odwołujący pomija w tym zakresie brak uwzględnienia w kosztach zatrudnienia konieczności zapewnienia zastępstw w czasie

urlopów wypoczynkowych). Tym samym należy stwierdzić, że koszt realizacji usługi wewnątrz budynków, który wynika z treści zamieszczonej w wyjaśnieniach kalkulacji, stanowi kwotę 134.700.62 zł (67.205.60 zł + 67.495.02 zł), podczas gdy cena oferty za ten zakres usług stanowi kwotę 70.971.90 zł. a więc wartość prawie dwukrotnie niższa od kosztów przedstawionych w wyjaśnieniach.

Analogicznie należy wskazać, że wskazana w ofercie kwota netto za utrzymanie czystości terenów zewnętrznych – 153.965.60 zł – także nie odpowiada treści kalkulacji, gdyż zgodnie z nią oszacowane przez M. koszty świadczenia tego zakresu usług stanowią jedynie kwotę 90.236.88 zł (224.937.50 zł – 134.700.62 zł). Powyższe, niezależnie od wskazywanych we wcześniejszej części uzasadnienia braków oraz sprzeczności zawartych w wyjaśnieniach, stanowi samoistną podstawę do uznania, że wykonawca M. nie wykazał, że cena jego oferty nie ma charakteru rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. M. złożył wyjaśnienia innej ceny niż ta, która wynika z jego oferty.

Przedstawione wyżej okoliczności, polegające na takim rozbiću przez M. w formularzu ofertowym całkowitej ceny oferty netto, w wyniku której większość kosztów realizacji usługi została zakwalifikowana jako związane ze świadczeniem opodatkowanych niższą (8 %) stawką VAT usług na terenach zewnętrznych, podczas gdy większość kosztów świadczenia usług jest w rzeczywistości związana ze sprzątnięciem powierzchni wewnętrznych (23 % VAT), należy uznać za wypełniające dyspozycję art. 3 ust. 1 Znk.

Zgodnie z tym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Nie ulega wątpliwości, że opisane wyżej działanie wykonawcy M. – sztuczne, oderwane od rzeczywistych kosztów realizacji poszczególnych usług, a nawet własnej kalkulacji, operowanie cenami za utrzymanie czystości tylko w tym celu, by jak najmniej kosztów zakwalifikować do opodatkowanego wyższym VAT sprzątnięcia powierzchni budynków oraz, w konsekwencji, zaoferować niższą cenę brutto (mającą znaczenie jako jedyne kryterium oceny ofert), jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami oraz narusza interes innych przedsiębiorców, w szczególności zaś wykonawców, którzy złożyli swoje oferty w Postępowaniu.

Do odwołania załączone zostały dokumenty w postaci:

1. zestawienia zużycia i kosztu wybranych środków czystości itp.,
2. zestawienia zużycia i kosztów paliw itp.,
3. dwóch ofert kontrahenta Odwołującego na zakup środków czystości itp.,

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z ich treści na okoliczność nieprawidłowości kalkulacji ceny oferty M.

Pismem z dnia 1 marca 2017 r. do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił M. wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec spełnienia przez ww. przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp postanowiła o dopuszczeniu M. (dalej również „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 7 marca 2017 r. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Przystępujący wniósł sprzeciw wobec wskazanej powyżej czynności Zamawiającego, w konsekwencji czego, zgodnie z przepisem art. 186 ust. 4 Pzp, sprawa podlegała rozpoznaniu na rozprawie.

Uzasadniając swoje stanowisko M. podniósł, co następuje.

Na wstępie Przystępujący podkreślił, że postanowienia SIWZ świadczą o kompleksowym charakterze wynagrodzenia (ceny) za całą, jedną usługę. Przedmiot zamówienia składa się z jednego niepodzielnego zadania. Rozbicie ceny zastosowane przez Zamawiającego jest związane ze sposobem rozliczeń, gdyż występują prace objęte różnymi stawkami VAT (8% i 23%). W przypadku braku wyodrębnienia stawek ceny, nie byłoby możliwe prawidłowe wystawienie faktury przez wykonawcę. Kryterium oceny ofert była cena całkowita (100% wagi) za wykonanie usługi kompleksowej, tj. dotyczącej utrzymania zarówno czystości budynków, jak też terenów zewnętrznych, wynagrodzenie zostało zaś ustalone ryczałtowo. Zamawiający nie uczynił kryterium oceny elementów składowych ceny, czy też ceny za wyodrębnione usługi – usługę utrzymania czystości w budynkach oraz usługę utrzymania czystości na terenach zewnętrznych. Skoro zatem kalkulacja poszczególnych jej elementów nie miała wpływu na ocenę punktową – w kierunku sprzecznego z prawem eliminowania konkurentów – nie można mówić o jakimkolwiek utrudnieniu dostępu do rynku innym podmiotom z uwagi na dysproporcję w zakresie wyceny składowych ceny (odnoszących się do terenów zewnętrznych i terenów wewnętrznych).

Przystępujący podkreślił, że Zamawiający nie wymagał podania cen jednostkowych odnoszących się do poszczególnych zakresów usług przyjmując, że z jego perspektywy przedmiotem transakcji będzie rozliczane w układzie miesięcznym świadczenie zagregowanej usługi, łączącej w sobie poszczególne kategorie usług, określonej jako „świadczenie usług kompleksowego utrzymania czystości budynków i terenów

zewnętrznych.”. Rozbicie wynagrodzenia na dwie pozycje – odnoszące się do terenów zewnętrznych i wewnętrznych zostało dokonane jedynie na potrzeby rozliczeń. Kwoty objęte tymi pozycjami nie stanowią ceny, lecz są jej elementami składowymi, kalkulacyjnymi.

M. podkreślił, że skalkulował koszty i nakłady adekwatne do własnych możliwości sprzętowych, organizacyjnych i cen materiałów. Cena usługi została określona w sposób uwzględniający ceny rynkowe, a więc uwzględniając wszystkie elementy kosztotwórcze, które są konieczne do jej wykonania. Podał, że dysponuje częściowo sprzętem niezbędnym do wykonania zamówienia, a zatem kalkulacja w tym zakresie nie obejmuje kosztu zakupu tego sprzętu, lecz jedynie koszt jego amortyzacji. W tym wyraża się „przewaga” M. w zakresie konkurencyjności – stanowi to czynnik, o którym mowa w art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp, tj. wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy. W związku z długoletnim doświadczeniem i funkcjonowaniem na rynku od ponad 30 lat Przystępujący jest w stanie optymalizować koszty wykonania usług, m.in. ze względu na wiedzę w zakresie specyfiki tego rodzaju usług, a także wypracowane kontakty handlowe, w tym przysługujące upusty na nabywane towary.

M. podał ponadto, że jest zakładem pracy chronionej i korzysta z dofinansowania ze środków PFRON (o czym informował w wyjaśnieniach dotyczących „rażąco niskiej ceny”). Niższa cena realizacji usługi stanowi czynnik, o którym mowa w art. 90 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. pomoc publiczną.

Przystępujący wyjaśnił, że do realizacji zadania zatrudni 17 osób z II stopniem niepełnosprawności i 10 osób z III stopniem niepełnosprawności. Wartość refundacji za te osoby wyniesie miesięcznie 27.010,04 zł. M. miał również możliwość zoptymalizowania kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia ze względu na swoje doświadczenie w wykonaniu analogicznego zamówienia na rzecz Zamawiającego, z tą różnicą, że umowa została zawarta na okres o połowę krótszy (6 a nie 11 miesięcy). Pozyskał zatem wiedzę umożliwiającą mu przewidzenie i optymalne rozłożenie kosztów.

W tym kontekście poprawność dokonanej przez Zamawiającego oceny złożonych wyjaśnień nie może budzić wątpliwości – miały one charakter kompleksowy, przedstawiono w nich zestawienie głównych kosztów składających się na kalkulację ceny. Zamawiający nie wymagał wyjaśnienia z rozbiciem na składowe ceny (odnośnie terenów zewnętrznych i wewnętrznych). Przystępujący podkreślił, że zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp składane w wyniku wezwania wyjaśnienia dotyczą elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a nie wszystkich elementów mających wpływ na wysokość ceny, czy ogólnie ceny. M. nie był

zatem zobowiązany do szczegółowego wyliczenia wszystkich elementów ceny, lecz do wskazania, skąd wynika niski jej poziom.

Przystępujący zwrócił uwagę, że cena oferty Odwołującego jest niższa o 30% od wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego (Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 4.969.927,23 zł). Cena ofertowa M. jest niższa od tej wartości o 44%. Prawidłową konkluzją jest zatem stwierdzenie, że to Zamawiający nieprawidłowo oszacował wartość zamówienia, skoro aż dwa podmioty były w stanie zaoferować cenę znacznie niższą. Nawet w tej sytuacji art. 90 ust. 1a Pzp nie wymaga zwrócenia się przez Zamawiającego do wykonawców o złożenie wyjaśnień, skoro rozbieżność ta wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia ~ oczywiste jest, że Zamawiający źle oszacował wartość zamówienia oraz nie ulega wątpliwości, iż Zamawiający ma świadomość, że M. wykonał już analogiczne zamówienie na jego rzecz, a zatem ma wiedzę pozwalającą na maksymalną optymalizację kosztów i dysponuje odpowiednim sprzętem. Niedopuszczalne jest ponadto twierdzenie, że cena M. jest ceną rażąco niską w sytuacji, gdy cena Odwołującego jest niższa od wartości zamówienia o 30%.

Przystępujący oświadczył, że błędne jest założenie, z którego wyszedł Odwołujący przedstawiając dalszą argumentację odwołania na uzasadnienie swych zarzutów. W konsekwencji zarzuty zostały sformułowane instrumentalnie, bez wykazania realnych podstaw do ich podniesienia.

Jakkolwiek dopuszczalne jest uznanie, że głównym kosztem usługi są koszty osobowe (zatrudnienia), to jednak jest to jeden z kilku głównych czynników decydujących o kalkulacji ceny. Odwołujący przyjął, że skoro Zamawiający w OPZ przewidział minimalną ilość pracowników dla poszczególnych rodzajów powierzchni – 28 osób dla powierzchni wewnętrznych i 21 osób dla terenów zewnętrznych, to co do zasady 58% kosztów wykonania zamówienia (netto) stanowić będzie świadczenie usług na powierzchniach wewnętrznych, zaś ok. 42% kosztów będzie związana z utrzymaniem czystości terenów zewnętrznych. Założenie takie jest absurdalne i błędne, co prowadzi do błędnych wniosków. Ww. stosunkowe rozdzielenie kosztów w zależności od rodzaju powierzchni jest prawidłowe jeśli liczymy jedynie udział kosztów osobowych dla danego rodzaju powierzchni. Niemniej, nie tylko tego rodzaju koszt ma znaczenie w przypadku kalkulacji ceny usługi. M. stwierdził, że równie dobrze dopuszczalne byłoby założenie, że głównym czynnikiem decydującym o skali kosztów wykonania usługi w budynkach oraz na obszarach zewnętrznych jest powierzchnia objęta usługą. W tym kontekście należy zauważyć, iż łączna powierzchnia budynków objętych usługą (we wszystkich kompleksach wojskowych których

dotyczy zadanie I) wynosi 70.971,90 m², zaś łączna powierzchnia terenów zewnętrznych – ok. 1.290.464.81 m². Idąc tokiem rozumowania Odwołującego możliwe byłoby również wyjście z założenia, że 5% kosztów wykonania zamówienia (netto) stanowić będzie świadczenie usług na powierzchniach wewnętrznych, zaś 95% związana będzie z utrzymaniem czystości terenów zewnętrznych. W związku z powyższym należy podkreślić, iż kalkulacja ceny w przedmiotowym wypadku jest wypadkową kilku lub nawet kilkunastu rodzajów kosztów oraz planowanego przez wykonawcę zysku. Kalkulując cenę M. brał pod uwagę nie tylko koszty osobowe, ale wszelkie pozostałe czynniki, o których mowa w wyjaśnieniach, tj. koszty zakupu środków czystości i drobnego sprzętu, zakup lub amortyzację sprzętu do utrzymania porządku, inne koszty, rezerwę finansową oraz zysk.

Uzasadnieniem określenia wyższej składowej ceny całkowitej w zakresie utrzymania czystości terenów zewnętrznych jest fakt, że jakkolwiek usługa ta wymaga pracy mniejszej liczby personelu, to jednak wynika to z faktu, iż przy tak rozległych obszarach, pracę ludzi (w zasadzie niemożliwą do wykonania samodzielnie przez ludzi w czasie wymaganym przez Zamawiającego) zastępuje w istotnym zakresie praca maszyn, których udział w realizacji zamówienia jest co do zasady kosztowniejszy (istotny koszt stanowi tutaj zakup i amortyzacja maszyn). Uzasadnieniem oszacowania przez M. wyższej składowej ceny za usługę sprzątnięcia terenów zewnętrznych nie jest zamiar manipulacji cenami oraz przesunięć w zakresie opodatkowania VAT. Należy pamiętać, że stawka VAT co do zasady nie wpływa na wysokość ceny wykonania zamówienia – to wykonawca kształtuje wysokość ceny i wskazuje w ofercie cenę brutto, zaś po stronie wykonawcy leży ciężar poniesienia kosztu VAT.

Podkreślenia wymaga, że oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego mogą składać zarówno tzw. VAT-owcy, w tym korzystający z różnych form opodatkowania i podmiotowych zwolnień, jak i podmioty nieprowadzące działalności gospodarczej i nie opodatkowane VAT, organizacje typu non-profit, wykonawcy zagraniczni (również spoza terytorium Unii Europejskiej), a nawet jednostki sektora finansów publicznych – wykonawcy ci ponoszą różne rodzaje obciążeń podatkowych. Tym samym, argumentacja Odwołującego mogłaby prowadzić do uznania, że w każdym wypadku wykonawca, którego obciążają niższe zobowiązania podatkowe, składając najniższą cenowo ofertę działa z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji.

Zarzut uzyskania przewagi konkurencyjnej w konsekwencji przesuwania VAT pomiędzy dwoma usługami może mieć rację bytu tylko w sytuacji, gdy obie ceny podlegają ocenie w ramach kryterium oceny ofert.

Ponadto, zdaniem Przystępującego, należy zwrócić uwagę, że nawet gdyby M. zastosował stawkę 23% VAT do całego zamówienia, to i tak obliczona w ten sposób cena brutto byłaby niższa od ceny ofertowej Odwołującego, a zatem nie sposób uznać, że działanie Przystępującego obliczone było na zdobycie „przewagi konkurencyjnej”.

W konsekwencji nie sposób uznać, że Odwołujący wykazał, jakoby działanie M. stanowiło realne zagrożenie przekładające się w rzeczywistości na naruszenie uczciwej konkurencji. Kalkulacja cenowa przedstawiona przez Przystępującego nie utrudniła Odwołującemu (ani żadnemu innemu wykonawcy) dostępu do rynku. Odwołujący nie wykazał na czym czyn nieuczciwej konkurencji miały polegać – samo wskazanie, że cena dotycząca sprzątnia terenów wewnętrznych jest niższa, niż cena dotycząca terenów zewnętrznych o niczym nie świadczy. W przypadku zadań II i III cena oferty Odwołującego (oraz M.) w zakresie dotyczącym utrzymania czystości na terenach wewnętrznych również jest niższa niż w zakresie dotyczącym terenów zewnętrznych.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania odwoławczego podtrzymali przedstawioną powyżej argumentację.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. zestawień kosztów zakupu wybranych środków czystości, ilościowego zużycia wybranych środków czystości, porównania powierzchni, na której ma być realizowane zamówienie z powierzchnią, na której realizowane było zamówienie na rzecz innego zamawiającego (Skarbu Państwa – 1 Bazy Lotnictwa Transportowego w W.),
2. faktur VAT i zamówień na zakup piachu, soli drogowej i środków czystości na potrzeby realizacji zamówienia na rzecz zamawiającego – Skarbu Państwa – 1 Bazy Lotnictwa Transportowego w W.,
3. oświadczenia dotyczącego średniomiesięcznego zużycia wybranych materiałów w trakcie realizacji zamówienia na rzecz zamawiającego – Skarbu Państwa – 1 Bazy Lotnictwa Transportowego w W.,
4. wyciągu z umowy z zamawiającym – Skarbem Państwa – 1 Bazą Lotnictwa Transportowego w W.,
5. wykazu powierzchni wewnętrznych (zadanie nr 1) i zewnętrznych – D.,
6. szczegółowych zestawień powierzchni wewnętrznych i ilości osób z nich korzystających (kompleksy wojskowe D. – Lotnisko, D. – Twierdza, R. – koszarowy, R. – posterunek, S., WKU w B.,

7. szczegółowych zestawień powierzchni zewnętrznych (kompleksy wojskowe D. – Lotnisko, D. – Twierdza, G., R. – koszarowy, R. – S., R. – posterunek, WKU w B., R. JW 4292,

8. wykazu powierzchni wewnętrznych (zadanie nr 1) i zewnętrznych – JW (...),

na okoliczność rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego.

M. wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści dwóch faktur VAT na zakup środków czystości na potrzeby realizacji dla Zamawiającego tożsamego rodzajowo zamówienia – na okoliczność prawidłowości skalkulowania ceny oferty w tym zakresie.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Odwołującego i Przystępującego zawarte w przytoczonych powyżej pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ z załącznikami, oferty M., wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień (pismo Zamawiającego z 17 stycznia 2017 r.), wyjaśnień M. z 19 stycznia 2017 r. wraz z załącznikami, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej w części I zamówienia (pismo Zamawiającego z 15 lutego 2017 r.), dokumentów załączonych do odwołania i złożonych przez Odwołującego i Przystępującego do akt postępowania odwoławczego na rozprawie. Na ich podstawie skład orzekający uznał, że okoliczności stanu faktycznego zostały przytoczone adekwatnie i wymagają uzupełnienia jedynie o wskazanie, że zgodnie z postanowieniami Rozdziału V ust. 2 oraz Rozdziału XIV ust. 6 SIWZ obowiązkiem wykonawcy było podanie w formularzu ofertowym ceny z wyszczególnieniem ceny przypadającej za świadczenie usług objętych przedmiotem zamówienia w zakresie powierzchni zewnętrznych i wewnętrznych i w ten sam sposób wykonawca miał następnie wystawiać faktury za realizację umowy w każdym miesiącu.

W powyższych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Na wstępie, nie wdając się w analizę pojęcia rażąco niskiej ceny, którego rozumienie jest ugruntowane w doktrynie i orzecznictwie i także wielokrotnie omówione, należy zauważyć, że wbrew zapatrywaniom Przystępującego, możliwość analizy oferty pod kątem rażąco niskiej ceny nie zależy od przyjętej przez zamawiającego formuły rozliczenia się z wykonawcą zamówienia publicznego (wynagrodzenie ryczałtowe lub kosztorysowe). Ograniczenie takie nie wynika z przepisu art. 90 Pzp, wobec czego nawet przy ryczałcie badaniu może podlegać cena lub koszt lub ich istotne części składowe wskazane przez zamawiającego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień.

Kwestionowanie zasadności badania ceny oferty przy wynagrodzeniu ryczałtowym nie broni się nie tylko na gruncie przepisów Pzp, ale również w praktyce. Ryczałt – pomimo tego, że stanowi wynagrodzenie za całość prac niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, niezależnie od ich rzeczywistych rozmiarów i kosztów (zob. art. 632 § 1 K.c.) – nie jest dla zamawiającego zabezpieczeniem przed zaoferowaniem mu rażąco niskiej ceny. Ma to miejsce, przykładowo, w przypadkach, w których wykonawca kalkulując cenę oferty nie uwzględni w niej jakiegoś istotnego dla wykonania zamówienia elementu, co zostanie ujawnione chociażby na etapie składania wyjaśnień. Wydaje się rzeczą oczywistą, że także w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego można oczekiwać, że wykonawca będący profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, dysponować będzie założeniami i kalkulacjami oferowanej ceny jeszcze przed przystąpieniem do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. W razie powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do jej wysokości będą one następnie wykorzystane w procedurze przewidzianej przepisem art. 90 Pzp i powinny przekładać się na czytelność, spójność i rzetelność składanych wyjaśnień. Wykonawca, który takimi kalkulacjami nie dysponuje w ogóle, bądź którego kalkulacje nie posiadają wymienionych wcześniej cech, naraża się na odrzucenie złożonej zamawiającemu oferty na podstawie przepisu art. 90 ust. 3 Pzp.

Zaznaczenia wymaga również, że przepis art. 90 ust. 1 Pzp *expressis verbis* wskazuje na konieczność przedstawienia zamawiającemu dowodów wspierających tezy zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. W przedmiotowej sprawie Zamawiający sformułował nie tylko oczekiwanie wyjaśnienia i przedstawienia kalkulacji cenowej dotyczącej określonych elementów składowych ceny (str. 4 wezwania), ale również zaakcentował konieczność przedstawienia dowodów (str. 1). Lektura wezwania prowadzić musiała zatem do wniosku, że obowiązkiem M. było nie tylko rozbicie ceny oferty na wyszczególnione w wezwaniu elementy kalkulacyjne, ale również przedstawienie dowodów uzasadniających takie a nie inne określenie elementów składowych oferowanej ceny. Skład orzekający

wskazuje przy tym, że wezwany do złożenia wyjaśnień wykonawca nie ma obowiązku (a niejednokrotnie nawet możliwości) złożenia dowodów na potwierdzenie każdej z okoliczności, na którą powołuje się w wyjaśnieniach. Powyższe dotyczy przykładowo sytuacji, w której opiera się na cenach występujących typowo w obrocie gospodarczym (tj. gdy określone dobra nie są dla niego dostępne w specjalnie obniżonych cenach). Trudno również wyobrazić sobie dowód potwierdzający zasadność określenia wysokości rezerwy finansowej z tytułu nieprzewidzianych wydatków, jakie mogą pojawić się w trakcie realizacji zamówienia. Wydaje się jednak rozsądnym oczekiwanie złożenia w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego dowodów dotyczących przykładowo kosztów zakupu materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia, te bowiem powinny być wykonawcy dostępne.

W nawiązaniu do powyższego Izba wyjaśnia, że zaniechanie realizacji obowiązku przedstawienia dowodów w postępowaniu wyjaśniającym nie może być następnie sanowane w postępowaniu odwoławczym. Jakkolwiek przepis art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp wskazuje, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, tym niemniej realizacja prawa do obrony w postępowaniu odwoławczym nie może stać w sprzeczności z obowiązkiem aktywnego udziału wykonawcy w wyjaśnieniu prawidłowości skalkulowania ceny oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. *Ergo*, co do zasady, wykonawca nie może dopiero w postępowaniu przed Izbą przedstawiać dowodów na to, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, które mogły i powinny być złożone zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień. W związku z przywołanym przepisem nasuwa się również wniosek, że obowiązkiem wnoszącego odwołanie jest jedynie uprawdopodobnienie, że kwestionowana oferta zawiera rażąco niską cenę, bowiem ciężar dowodu przeciwnego spoczywa na uczestniku postępowania, którego oferty zarzut odwołania dotyczy.

Istotne jest również, że wyjaśnienia ceny oferty powinny być aktualne na moment jej składania, a także dotyczyć rzeczywistych podstaw określenia ceny. Z kolei w postępowaniu odwoławczym wykonawca winien bronić ich zasadności, przez co posługiwanie się argumentami dotyczącymi czynników nie branych pod uwagę przy określeniu ceny oferty, czy też deklarowanie zmiany przedstawionych zamawiającemu założeń nie zasługuje na aprobatę. Działania takie należy oceniać negatywnie, jako rzutujące na prawidłowość i rzetelność skalkulowania badanej ceny.

Kierując się omówionymi dyrektywami, tj. że – po pierwsze – zastosowanie procedury, o której mowa w przepisie art. 90 Pzp nie jest zależne od charakteru przewidzianego dla wykonawcy wynagrodzenia, po drugie – wykonawca powinien

w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przedstawić dostępne mu dowody potwierdzające realność przyjętych założeń, po trzecie zaś – wszelkie odstępstwa od przedstawionych zamawiającemu kalkulacji założeń na etapie postępowania odwoławczego należy oceniać niekorzystnie dla wykonawcy, Izba uznała, że procedura wyjaśniająca cenę oferty została przeprowadzona prawidłowo, a M. nie sprostął wezwaniu Zamawiającego odnośnie rażąco niskiej ceny złożonej oferty, co uzasadniało jej odrzucenie.

Przystępujący przedstawił kalkulację zawierającą rozbitcie przewidywanych miesięcznych kosztów realizacji usług sprzątnia w części I zamówienia, ograniczając się do przedstawienia dowodów dokumentujących stan zatrudnienia i wysokość kosztów z tym związanych. Jakkolwiek kwestionowana w tym zakresie przez Odwołującego okoliczność nieprzewidzenia kosztów związanych z zastępstwami pracowników na urloпах (bądź ich przewidzenia w niewystarczającej, czy też niemożliwej do ustalenia wysokości) nie zasługiwała na uwzględnienie, jako że możliwe jest – w ocenie Izby – ich pokrycie chociażby z deklarowanego zysku, tym niemniej Odwołujący trafnie zwracał uwagę – po pierwsze – na kwestię nieudowodnionych pozostałych elementów kalkulacji cenowej, po drugie zaś – na okoliczność, że koszty sprzątnia powierzchni wewnętrznych i terenów zewnętrznych nie sumują się do kwot wskazanych w ofercie Przystępującego, czemu ten nie przeczył.

W odniesieniu do pierwszej z podniesionych przez Odwołującego kwestii skład orzekający nie uwzględnił przy rozstrzygnięciu o zarzutach odwołania, z omówionych powyżej przyczyn, dowodów złożonych przez M. na rozprawie. Dopuszczenie możliwości oparcia na nich rozstrzygnięcia Izby spowodowałoby nie tylko ponowne otwarcie zakreślonego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny terminu na ich przedstawienie, ale również podważałoby zasadność sformułowanego we wspomnianym wezwaniu oczekiwania złożenia dowodów. W konsekwencji nie została udowodniona nie tylko wysokość kosztów z poz. 3 kalkulacji cenowej, ale również poz. 4 (w której dodatkowo, z niewiadomych przyczyn, Przystępujący dokonał ich podziału na 24 miesiące, nie zaś na 11 miesięcy) i poz. 5-14 kalkulacji.

W zakresie drugiej z okoliczności skład orzekający nie podzielił poglądu Przystępującego, który usiłował sprowadzić wyróżnione przez Zamawiającego elementy składowe ceny oferty do roli nieistotnych elementów kalkulacyjnych. Nie są to wprawdzie, jak na to zwracał uwagę M., ceny jednostkowe, tym niemniej – co wyraźnie wynika z przytoczonych na wstępie rozważań postanowień SIWZ – ceny składające się na oferowaną cenę całkowitą. W związku z tym, skoro Przystępujący w sposób niebudzący wątpliwości wskazał w ofercie sposób podziału ceny za usługi na powierzchniach

wewnętrznych i terenach zewnętrznych, to wyjaśnienia poszczególnych kosztów składających się na te ceny (które tworzą cenę całkowitą) powinny sumować się do wartości przyjętych w ofercie. Przyjęcie odmiennego zapatrywania stawia pod znakiem zapytania sens oczekiwania podania takich informacji przez wykonawców. Co więcej, skoro złożone wyjaśnienia ujawniły okoliczność przeciwną, to nie można twierdzić, że M. w sposób przemyślany i rzetelny skonstruował cenę w złożonej ofercie.

Wątpliwości składu orzekającego wzbudziły ponadto zawarte w wyjaśnieniach gołosłowne twierdzenia dotyczące czasu wykonywania poszczególnych czynności w ujęciu miesięcznym, których wyjaśnienia wymagał Zamawiający. W tym względzie M. nie tylko nie przedstawił oczekiwanych przez Zamawiającego danych, ale także nie wskazał w treści wyjaśnień podstaw do ich ewentualnego samodzielnego ustalenia.

Przesądając o zasadności odrzucenia oferty Przystępującego skład orzekający nie uwzględnił prezentowanego przezeń stanowiska kwestionującego zasadność wezwania do złożenia wyjaśnień ze względu na błędne ustalenie wartości szacunkowej zamówienia, czy okoliczność, że także oferta Odwołującego jest niższa od niej o 30%. Abstrahując od okoliczności, że wezwanie do złożenia wyjaśnień było – ze względu na wartość zamówienia – samoistnie zaskarżalną czynnością, to argumentacja M. nie zmienia faktu, że przedmiotem orzekania w tej sprawie była prawidłowość oceny wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, te zaś do wspomnianych kwestii w ogóle się nie odnosiły.

Podobnie Izba nie wzięła pod uwagę podnoszonych na rozprawie i w piśmie procesowym M. twierdzeń o ewentualnym dofinansowaniu kosztów pracy z PFRON, możliwości zmniejszenia wymiaru czasu pracy zatrudnionych do realizacji zamówienia osób, czy mniejszych niż założone w kalkulacji cenowej kosztach pracy. Ze względu na treść wyjaśnień skład orzekający uznał, że żadna z tych okoliczności nie była brana pod uwagę przy kalkulowaniu ceny oferty. Przystępujący zadeklarował *explicite* zatrudnienie 50 osób w pełnym wymiarze czasu pracy, a ponadto stwierdził, że nie uwzględnił w kalkulacji cenowej wysokości ewentualnego dofinansowania z PFRON.

Reasumując, wyjaśnienia M. stanowiły w istocie wyłącznie arytmetyczny podział oferowanej ceny, a dodatkowo – co warto podkreślić – dokonany zupełnie dowolnie, w oderwaniu od treści oferty. Wyjaśnienia potwierdziły zatem, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się po krótko do dowodów przedstawionych przez Odwołującego Izba uznała je za zbędne dla rozstrzygnięcia o omawianym zarzucie odwołania. Jak wspomniano, rolą Odwołującego było uprawdopodobnienie rażąco niskiej ceny oferty M., któremu to

obowiązkowi Odwołujący sprostął, jako że potwierdziło się prezentowane przez niego stanowisko o braku dowodów uzasadniających treść wyjaśnień i ich niespójności z informacjami zawartymi w ofercie odnośnie podziału ceny.

Na uwzględnienie zasługiwał również zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 Znk, jako że złożenie przez Przystępującego oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w przytoczonym przepisie Znk.

Z art. 3 ust. 1 Znk wynika, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W ocenie Izby przywołana regulacja, poza spełnianiem funkcji korygującej i uzupełniającej na gruncie przepisów Znk, stanowi również definicję uniwersalnej postaci czynu nieuczciwej konkurencji, umożliwiającą na jej podstawie uznawanie zachowań nienazwanych (niestypizowanych) w dalszych przepisach Znk (art. 5 i nast.) za nieuczciwie naruszające konkurencję. Na podstawie komentowanego przepisu możliwe jest zatem uznanie za czyn nieuczciwej konkurencji każdego sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami zachowania przedsiębiorcy, które nie tylko narusza interes innego przedsiębiorcy, ale również naruszeniem takim zagraża. Istotne jest jedynie wykazanie sprzeczności takiego zachowania z prawem lub dobrymi obyczajami, powstania stanu zagrożenia lub naruszenia interesu prawnego innego przedsiębiorcy lub klienta oraz związku pomiędzy naruszeniem (powstaniem stanu zagrożenia) a zasługującym na ochronę interesem innego uczestnika rynku. Skład orzekający uznał, że Odwołujący wymogom tym sprostął.

Okolicznością kwestionowaną w ramach omawianego zarzutu była zasadność i rzetelność podziału ceny oferty M. na kwoty (netto) obejmujące realizację usługi stanowiącej przedmiot zamówienia na powierzchniach wewnętrznych i terenach zewnętrznych w proporcji 70.971,90 zł do 153,965,60 zł. W ocenie Odwołującego oderwane było to od rzeczywistych kosztów wykonywania tych elementów usługi i ukierunkowane było na dodatkowe, nieuprawnione obniżenie ceny oferty stanowiącej wyłączne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie było przy tym okolicznością sporną, że świadczenie usług sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych opodatkowane jest podstawową stawką VAT, podczas gdy wykonywanie takich usług na terenach zewnętrznych korzysta ze stawki obniżonej.

Analiza treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Przystępującego potwierdza zasadność postawionej przez Odwołującego tezy. Abstrahując od dokonanych przez Odwołującego wycień właściwego stosunku kosztów realizacji wskazanych powyżej

rodzajów usług sprzątania (odpowiednio 58% do 42%), opartych – jak sam przyznał – wyłącznie na kosztach osobowych, skład orzekający doszedł do przekonania, że uwzględnienie w kosztach sprzątania powierzchni wewnętrznych choćby tylko tego składnika wyczerpywało niemal w całości ten element ceny oferty. Jeżeli bowiem wziąć pod uwagę konieczność zatrudnienia do sprzątania powierzchni wewnętrznych przynajmniej 28 osób (wymóg Zamawiającego) i okoliczność zatrudniania ich w pełnym wymiarze czasu pracy (deklaracja Przystępującego z wyjaśnień rażąco niskiej ceny), to uwzględniając wyliczenia kosztów osobowych zawarte w poz. 1 i 2 tabeli ze wspomnianych wyjaśnień, należało stwierdzić, że wynoszą one łącznie 67.205,60 zł netto (120.010,00 zł/50 x 28), stanowiąc 94,7% całkowitego kosztu sprzątania powierzchni wewnętrznych zadeklarowanego przez M. w formularzu oferty. Odwołujący trafnie wskazywał, że do powyższej kwoty należałoby doliczyć chociażby koszty wskazane przykładowo pod poz. 3, 4, 6 i inne dotyczące tego aspektu usługi sprzątania. W ocenie Izby Przystępujący dokonał zatem świadomego przeniesienia części kosztów świadczenia usługi na powierzchniach wewnętrznych do kosztów dotyczących realizacji zamówienia na terenach zewnętrznych, co – biorąc pod uwagę różne stawki VAT – pozwoliło na dodatkowe obniżenie ceny jego oferty.

W konsekwencji skład orzekający doszedł do przekonania, że działanie takie o ile nie narusza prawa, bowiem nie powoływał się na to Odwołujący (choć trzeba mieć na względzie, że wystawiane Zamawiającemu faktury zawierające wyszczególnienie wspomnianych rodzajów usługi powinny dokumentować rzeczywiście poniesione w związku z tym koszty), to stanowi działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami.

Niezależnie od funkcjonujących w doktrynie interpretacji pojęcia dobrych obyczajów, jednej kładącej nacisk na kryteria etyczno-moralne, drugiej – zwracającej uwagę na kryteria ekonomiczno-funkcjonalne (szerzej zob. M. Zdyb: *Komentarz do art. 3 Znk – teza 90 i nast.* [w:] M. Sieradzka (red.): *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, LEX/el.) pod pojęciem tym Izba w ogólności rozumie szczególną umiejętność, staranność zawodową (profesjonalizm jakiego oczekuje się od porządnego przedsiębiorcy), uczciwość działania i dobrą wiarę. Podejmując opisane powyżej działania M. wymogom tym nie sprostał, naruszając tym samym interes Odwołującego, jako podmiotu ubiegającego się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Trzeba mieć na względzie, że Odwołujący – podobnie jak każdy inny konkurent Przystępującego – ma prawo oczekiwać nie tylko równego traktowania ze strony Zamawiającego, ale również możliwości konkurowania na równych i uczciwych zasadach z innymi uczestnikami rynku. Okoliczność, że pojęcie uczciwej konkurencji użyte zostało w adresowanym do zamawiającego przepisie art. 7 ust. 1 Pzp nie oznacza, że na

akceptację zasługują jakiegokolwiek zachowania uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Braku wspomnianej akceptacji ustawodawca dał wyraz właśnie w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, nakazującym odrzucenie oferty wykonawcy, który składając ofertę dopuszcza się czynu nieuczciwej konkurencji. Innymi słowy – obowiązkiem zamawiającego jest stworzenie na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ram dla uczciwego konkurowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne, a obowiązkiem wykonawców jest uczciwe konkurowanie o wybór ich ofert. Zachowanie M. taką konkurencję zaburzyło, jako że stanowiło odstępstwo od zasad rzetelnego kalkulowania ceny oferty, której oczekiwać należy od każdego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba nie podzieliła argumentacji Przystępującego, jakoby odrzucenie jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp było nieuzasadnione z uwagi na brak wpływu na wynik Postępowania. Należy zauważyć, że wspomniana regulacja odnosi się do samego faktu złożenia oferty, zatem zasadniczo zamawiający ma obowiązek odrzucić każdą ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Skoro jednak *ad casum* Zamawiający nie odrzucił oferty M., co stanowiło jedną z podstaw odwołania, to okoliczność ta miała wpływ na wynik Postępowania, ponieważ doszło do nieuprawnionego wyboru oferty podlegającej odrzuceniu. W konsekwencji nie miała znaczenia podnoszona przez Przystępującego okoliczność, że nawet gdyby do ceny jego oferty doliczyć podstawową stawkę VAT, to i tak uzyskałby zamówienie, jako że samo złożenie oferty stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji jest zachowaniem na tyle nagannym, że uzasadnia wyeliminowanie jej z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy przy tym zauważyć dodatkowo, że składając ofertę M. nie mógł mieć wiedzy o wysokości cen oferowanych przez konkurentów.

W konsekwencji także i ta podstawa odrzucenia oferty potwierdziła się w przedmiotowej sprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 (Dz.U.2010.41.238 ze zm.).

Przewodniczący: