

Sygn. akt: KIO 1880/17

WYROK
z dnia 26 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 września 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – J. spółka z o. o. (Lider), ul. (...), J. 2 spółka z o. o., ul. (...), A. O. S. sp. z o.o., ul. (...) w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny, im. J. K. w S. sp. z o.o., ul. (...)

przy udziale

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - 1) I. + Sp. z o.o., ul. (...), 2) N. S. Sp. z o.o., ul. (...), 3) M. Sp. z o.o., ul. (...), 4) N. Sp. z o.o., ul. (...) zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1880/17 po stronie Zamawiającego
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - 1) I. C. sp. z o.o., ul. (...), O. C. sp. z o.o., ul. (...) zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1880/17 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddała odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – J. spółka z o. o. (Lider), ul. (...), J. 2 spółka z o. o., ul. (...), A. O. S. sp. z o.o., ul. (...):

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego:

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – J. spółka z o. o. (Lider), ul. (...), J. 2 spółka z o. o., ul. (...), A. O. S. sp. z o.o., ul. (...) tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – J. spółka z o. o. (Lider), ul. (...), J. 2 spółka z o. o., ul. (...), A. O. S. sp. z o.o., ul. (...) na rzecz Zamawiającego: Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego, im. J. K. w S. sp. z o.o., ul. (...) kwotę 4 490 zł 96 gr (słownie: cztery tysiące czterysta dziewięćdziesiąt złotych dziewięćdziesiąt sześć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, zwrotu kosztów opłaty skarbowej i zwrotu kosztów dojazdu.

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

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Wojewódzki Szpital Specjalistyczny, im. J. K. w S. sp. z o.o., ul. (...) wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Usługa utrzymania czystości w obiektach Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. J. K. w S. sp. z o.o.” (nr sprawy 58/PN/2017).

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2017/S 121-2451101.

W dniu 01 września 2017r. Zamawiający przekazał Odwołującemu: wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia – J. spółka z o. o. (Lider) ul. (...), J. 2 spółka z o. o. ul. (...), A. O. S. sp. z o.o. ul. (...) zawiadomienie o wyborze oferty złożonej przez Konsorcjum N., jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Jednocześnie w dniu 04 września 2017r. Zamawiający pisemnie poinformował Odwołującego, że wyjaśnienia kalkulacji ceny dotyczące rażąco niskiej ceny - istotnej części składowej (usługi utrzymania czystości) złożone przez Konsorcjum N., stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa tego wykonawcy i tym samym zostały przez w/w konsorcjum utajnione i nie mogą być udostępniane podmiotom trzecim.

Ponadto w odpowiedzi na wniosek Odwołującego z dnia 04 września 2017r. o przesłanie załączników do protokołu, Zamawiający w przesłanej w tym samym dniu korespondencji, również nie załączył wyjaśnień kalkulacji ceny dotyczących rażąco niskiej ceny - istotnej części składowej (usługi utrzymania czystości) złożonych przez Konsorcjum Impel.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 11 września 2017r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

- czynności zamawiającego polegającej na nieudostępnieniu Odwołującemu wyjaśnień udzielonych przez:

A) konsorcjum 1) I. + Sp. z o.o., ul. (...), 2) N. S. Sp. z o.o., ul. (...), 3) M. Sp. z o.o., ul. (...), 4) N. Sp. z o.o., ul. (...); zwanego dalej Konsorcjum N., oraz

B) Konsorcjum 1) I. C. sp. z o.o., ul. (...), O. C.sp. z o.o., ul. (...), zwanego dalej Konsorcjum I.,

dotyczących wyjaśnienia rażąco niskiej ceny,

-zaniechania czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, polegającej na odrzuceniu ofert złożonych przez Konsorcjum N. i Konsorcjum I., których złożenie stanowi czynny nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także których treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ oraz nieważnych na podstawie odrębnych przepisów i w konsekwencji podjęcia przez zamawiającego niezgodnej z przepisami ustawy czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum N..

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

a) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), zwanej dalej ustawą Pzp poprzez przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez nieudostępnienie wyjaśnień Konsorcjów N. i I. dotyczących rażąco niskiej ceny i zaniechanie podjęcia czynności w stosunku do Konsorcjów N. i I., których oferty podlegają odrzuceniu,

b) art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp z poprzez nieudostępnienie wyjaśnień Konsorcjów N. i I. dotyczących rażąco niskiej ceny,

c) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjów N. i I. z uwagi na fakt, iż złożenie przez tych wykonawców ofert zawierających celowo, świadomie i sztucznie zaniżone istotne części składowe ceny (kilkakrotnie niższe od rzeczywistych kosztów ich wykonania) za usługę utrzymania czystości opodatkowaną podstawową stawką podatku VAT (23%), w celu osiągnięcia sprzecznej z prawem korzyści polegającej na uniknięciu zapłaty podatku VAT i jednocześnie „przerzucenie” kosztu tej usługi na usługi jedynie towarzyszące służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu i poprawie zdrowia, które zwolnione są z podatku VAT i w konsekwencji uzyskania niższej ceny łącznej za wykonanie całego przedmiotu zamówienia jest niewątpliwie działaniem rażąco sprzecznym z prawem (przepisami prawa podatkowego), naruszającym interes odwołującego, a w ostateczności utrudniającym mu dostęp do rynku,

d) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjów N. i I. z uwagi na fakt, iż oferty tych wykonawców zawierają rażąco niskie ceny - istotne części składowe ceny, dotyczące podstawowej i głównej części przedmiotu zamówienia, tj. usługi utrzymania czystości.

Z ostrożności Odwołujący zarzucił również Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

a) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjów N. i I. z uwagi na fakt, iż treść ofert tych wykonawców nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ cena usług towarzyszących, służących profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu i poprawie zdrowia, jest kilkakrotnie wyższa niż koszt usług utrzymania czystości będących podstawowym i głównym elementem przedmiotu zamówienia,

b) art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjów N. i I. z uwagi na fakt, iż oferty tych wykonawców są nieważne na podstawie odrębnych przepisów, w szczególności przepisów prawa podatkowego, tj. art. 119a ust. 1 ordynacji podatkowej ponieważ czynności dokonane przede wszystkim w celu osiągnięcia korzyści podatkowej, sprzecznej w danych okolicznościach z przedmiotem i celem przepisu ustawy podatkowej, nie skutkują osiągnięciem korzyści podatkowej, jeżeli sposób działania był sztuczny (unikanie opodatkowania).

W związku z powyższym zarzutem wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- b) dokonanie ponownej oceny ofert i odrzucenie ofert złożonych przez Konsorcja N. i Impel,
- c) ewentualne udostępnienie wyjaśnień Konsorcjów N. i I. dotyczących rażąco niskiej ceny - istotnej części składowej (usługi utrzymania czystości), w części nie stanowiącej tajemnicy przedsiębiorstwa,
- d) ocenę ofert niepodlegających odrzuceniu.

W ocenie Odwołującego - Zamawiający wskutek błędnej wykładni przepisów prawa, naruszając przepisy ustawy Pzp bezzasadnie odmówił udostępnienia wyjaśnień Konsorcjów N. i I. dotyczących rażąco niskiej ceny - istotnej części składowej (usługi utrzymania czystości), w tym wyjaśnień, że zastrzeżone w/w informacje nie mogą być udostępniane innym wykonawcom oraz wykazujących i uzasadniających, iż zastrzeżone w/w informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a także zaniechał dokonania czynności, do której był zobowiązany na mocy przedmiotowej ustawy polegającej na odrzuceniu ofert złożonych przez Konsorcja N. i I..

Odwołujący wskazał, że w myśl art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, do skutecznego zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wymagane jest podjęcie dwóch czynności: złożenie zastrzeżenia w odpowiednim czasie oraz wykazanie, iż zastrzeżone informacje faktycznie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Czynności te, a dokładnie oświadczenie lub dokumenty je zawierające jako, że same w sobie nie są i nie mogą być objęte przedmiotową tajemnicą, podlegają ujawnieniu, ponieważ wykonawcy powinni mieć możliwość zweryfikowania czy faktycznie takie zastrzeżenie zostało złożone, a przede wszystkim czy jest uzasadnione.

Natomiast w niniejszym postępowaniu Zamawiający – zdaniem Odwołującego - w stosunku do wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum N., jedynie lakonicznie i enigmatycznie w piśmie z dnia 04.09.2017r. stwierdził, że wyjaśnienia kalkulacji ceny złożonej przez wskazane konsorcjum stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy i tym samym zostały przez w/w konsorcjum utajnione i nie mogą być udostępnione podmiotom trzecim.

Zarzucił, że Zamawiający nie przedstawił jednocześnie, w szczególności w odpowiedzi na wniosek Odwołującego z dnia 04.09.2017r. o przesłanie załączników do protokołu, zarówno w stosunku do Konsorcjum N. jak i I., żadnych dokumentów wskazujących na spełnienie obowiązku złożenia formalnego zastrzeżenia, ani tym bardziej jakichkolwiek wyjaśnień w/w konsorcjów uzasadniających zastrzeżenie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zwrócił również uwagę, że Zamawiający będąc zobowiązanym do zbadania i własnej oceny czy zastrzeżenie przedmiotowych kalkulacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa i jego zasadność, jest zgodna z przepisami ustawy prawo zamówień publicznych oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie udzielił odwołującemu żadnej informacji w tym zakresie, w szczególności czy w ogóle dokonał takiej oceny i weryfikacji.

Natomiast, według Odwołującego - właściwe i zgodne z przepisami zastrzeżenie informacji poprzez wykazanie ustawowych przesłanek, obliguje zamawiającego do nieujawniania tych informacji i odwrotnie niewłaściwe zastrzeżenie lub nieuzasadnienie powoduje nieskuteczność zakazu ich ujawniania.

Wobec powyższego Odwołujący twierdził, że został całkowicie pozbawiony możliwości zweryfikowania i powzięcia wiedzy czy w/w konsorcja w ogóle dokonały odpowiednich zastrzeżeń oraz czy i jak ewentualnie uzasadniły, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W konsekwencji Odwołujący podniósł, że został pozbawiony możliwości składania jakichkolwiek zarzutów chociażby w tym zakresie, a zgodnie z utrwaloną judykaturą Krajowej Izby Odwoławczej już sam brak zastrzeżenia lub odpowiedniego uzasadnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, czyni takie „zastrzeżenie” nieskutecznym i tym samym, w przypadku nieujawnienia takich informacji przez Zamawiającego, stanowi podstawę do wniesienia odwołania.

Zauważył, że trudności natury technicznej nie mogą uzasadniać odstępstwa od naczelnej zasady jawności postępowania.

Niezależnie od powyższego – w przekonaniu Odwołującego - wyjaśnienia kalkulacji cenowej, złożone w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jako takie w całości nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, ponieważ charakteru takiego z pewnością nie mają m.in. bezpośrednie koszty osobowe i pochodne obliczane z uwzględnieniem minimalnego wynagrodzenia (składki emerytalne i rentowe, składki zdrowotne, dodatki itp.), kwoty ewentualnego dofinansowania z PFRON, a także wszelkie inne informacje niewskazujące metody kalkulacji lub danych cenotwórczych, dotyczące ogólnych faktów wynikających z SIWZ, czy innych ewentualnych zapewnień, że cena oferty nie jest rażąco niska i uwzględnia wszelkie koszty wykonania zamówienia.

Reasumując, podkreślił, że poprzez utajnienie całości korespondencji od w/w konsorcjów stanowiących odpowiedź na wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny - istotnej części składowej (usługi utrzymania czystości), Zamawiający bezprawnie pozbawił odwołującego możliwości weryfikacji m.in. czy wyjaśnienia te są konkretne, wiarygodne, rzetelne, spójne i kompleksowe, a w szczególności czy nie zawierają niedopuszczalnych stwierdzeń, że np. cena stanowi bilans sprzyjających i dostępnych warunków cenotwórczych, że wynika z wielkiego doświadczenia, znakomitej organizacji pracy, optymalizacji kosztów i atrakcyjnych rabatów itp. oraz czy zostały załączone jakiegokolwiek dowody.

Ponadto, wykonawca musi wyjaśnić zamawiającemu jakie czynniki wpływają na wysokość ceny, podać konkretne informacje o ponoszonych kosztach, które również nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego - rolą wykonawcy, który zastrzega informacje zawarte w wyjaśnieniu ceny, jako tajemnicę przedsiębiorstwa, jest przede wszystkim takie ujęcie w kalkulacji składników czy też elementów kalkulacji, np. poprzez podział na dwie grupy jedna rzeczowa (zastrzeżona tajemnicą) i druga rachunkowa/kosztowa, aby umożliwić

Zamawiającemu ujawnienie informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa.

Kolejny zarzut dotyczył złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z formularzem cenowym stanowiącym załącznik do SIWZ, wykonawcy zostali zobowiązani do określenia ceny za cztery odrębne rodzaje usług, które zgodnie z § 8 ust. 4 wzoru umowy stanowiącej załącznik do SIWZ będą analogicznie odrębnie wykazywane na fakturze VAT:

- 1) usługę transportu wewnętrznego (ryczałt miesięczny),
- 2) usługę utrzymania czystości (cena z 1 m²),
- 3) usługi służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu i poprawie zdrowia (cena za 1 łóżko),
- 4) usługi do sprzątania po robotach budowlanych (cena z 1 m²).

Natomiast cena łączna (wartość brutto) umowy została ustalona jako suma iloczynów:

ad.1) ryczałtu miesięcznego i czasu trwania umowy (36 m-cy),

ad. 2) ceny za 1 m², powierzchni (41 633,41) i czasu trwania umowy (36 m-cy),

ad. 3) ceny za 1 łóżko, liczby łóżek (682) i czasu trwania umowy (36 m-cy),

ad. 4) ceny za 1 m², powierzchni (2 057,09) i czasu trwania umowy (36 m-cy)

powiększona o należny podatek VAT w odpowiednich usługach.

W swoim odwołaniu powołał się na ceny jednostkowe przedstawione i cenę łączną brutto i netto w ofercie własnej i konkurentów.

Z analizy i porównania powyższych cen - istotnych części składowych, wynika – jego zdaniem, że Konsorcja N. i I. ponad 6 krotnie wyżej wyceniły koszt usług służących profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu i poprawie zdrowia, które mają jedynie charakter usług pomocniczych, dodatkowych (towarzyszących) w stosunku do usług utrzymania czystości, które są podstawowym i głównym elementem przedmiotu zamówienia, a których cena jednocześnie została rażąco zaniżona.

W ocenie Odwołującego, rażące zaniżenie kosztu usługi utrzymania czystości i przerzucenie go na koszt usług służących profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu i poprawie zdrowia, było świadomym i celowym zabiegiem w/w konsorcjów tylko i wyłącznie w celu uzyskania przewagi konkurencyjnej w jedynym kryterium, którym była cena, ponieważ usługi

służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu i poprawie zdrowia podlegają zwolnieniu z podatku VAT, w przeciwieństwie do usług utrzymania czystości, które opodatkowane są podstawową stawką podatku VAT (23%).

Zdaniem Odwołującego - praktykę taką należy jednak uznać za niedopuszczalną i szczególnie naganną, a przede wszystkim naruszającą przepisy ustawy prawo zamówień publicznych, ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz przepisów prawa podatkowego, ponieważ została zastosowana tylko i wyłącznie w zamiarze nieuczciwego obniżenia całkowitej ceny brutto oferty, a także w celu uzyskania wyższej punktacji w kryterium cena, nie wyłączając ujemnych konsekwencji fiskalnych, które zostaną omówione w dalszej części uzasadnienia.

Ponadto z analizy i porównania powyższych cen - istotnych części składowych wynika – w opinii Odwołującego, że w rzeczywistości najniższą cenę zaoferował Odwołujący, gdyż cena netto jego oferty jest najniższa, a tylko i wyłącznie sprzeczne z przepisami i dobrymi obyczajami działania w/w konsorcjów, stanowiących czyny nieuczciwej konkurencji spowodowały, że ostateczna cena brutto odwołującego okazała się z kolei najmniej korzystna dla zamawiającego.

Wyżej opisana praktyka zaniżania cen i manipulowania w celu uzyskania sztucznej przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi wykonawcami, ze względu na wykorzystanie różnych stawek podatku VAT jest czynem nieuczciwej konkurencji, sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażającym lub naruszającym interes innego przedsiębiorcy.

W niniejszym postępowaniu – zdaniem Odwołującego - występuje taka sytuacja, że cenę oferty tworzy suma cen jednostkowych i tym samym poprawność obliczenia cen jednostkowych ma istotne znaczenie, ponieważ ceny te zgodnie z § 8 ust. 4 wzoru umowy będą stanowiły element rozliczenia między zamawiającym, a wybranym wykonawcą.

Zwrócił przy tym uwagę, że w niniejszym postępowaniu, w którym Zamawiający nie określił procentowego udziału usług sprzątnania i usług pomocniczych w przedmiocie zamówienia, Konsorcjum N., aż 74 % wynagrodzenia przewidziało na usługi jedynie pomocnicze służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu i poprawie zdrowia, objęte zwolnieniem z podatku od towarów i usług VAT, a tylko 12 % na usługi utrzymania czystości - głównego przedmiotu zamówienia, objęte podstawową stawką podatku VAT (23%).

W przypadku Konsorcjum I. proporcja ta wynosiła 82 % na usługi służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu i poprawie zdrowia i również tylko 12 % na usługi utrzymania

czystości.

Dla porównania, wskazał, że w przypadku odwołującego proporcje ta wynosiły odpowiednio 45% i 48 %.

Stwierdził, że w/w relacja cen w ofertach w/w konsorcjów za usługę główną, do cen za usługi pomocnicze, dodatkowo objęte zwolnieniem z podatku VAT, ma istotny wpływ na cenę całkowitą oferty i stanowi przejaw naruszenia uczciwej konkurencji.

Odwołujący stanął na stanowisku, że manipulacja cenami - istotnymi elementami składowymi i stawką podatku VAT, polegająca na rażąco zaniżeniu istotnej części składowej ceny za usługę utrzymania czystości, dotyczącej podstawowej i głównej części przedmiotu zamówienia, tj. usługi utrzymania czystości, opodatkowanej podstawową stawką podatku VAT (23%), w celu osiągnięcia sprzecznej z prawem korzyści polegającej na uniknięciu zapłaty podatku VAT i jednocześnie „przerzucenie” kosztu tej usługi na usługi jedynie towarzyszące służące profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu i poprawie zdrowia, które zwolnione są z podatku VAT, zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest działaniem rażąco sprzecznym z prawem (przepisami prawa podatkowego), a tym samym stanowiącym czyn nieuczciwej konkurencji.

Reasumując wskazał, że gdyby niniejsze postępowanie przetargowe dotyczyło tylko i wyłącznie usług utrzymania czystości, to za ich wykonanie w/w konsorcja musiałaby zaoferować cenę co najmniej cztery razy wyższą, ponieważ nie mogłyby dokonać żadnej manipulacji cenowej, a tylko wyłącznie możliwość jednoczesnego świadczenia w niewielkim zakresie usług służących profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu i poprawie zdrowia, zwolnionych z podatku VAT, stworzyło okazję do zastosowania nieuczciwych praktyk.

Nie ulega najmniejszej wątpliwości Odwołującego, że oferty złożone w niniejszym postępowaniu przez Konsorcja N. i I. stanowią czyny nieuczciwej konkurencji, a analogiczne sytuacje były już m.in. szeroko opisywane w mediach, jako kolejne przejawy mechanizmu zaniżania należnego podatku VAT przy realizacji szpitalnych przetargów na usługę utrzymania czystości wraz z towarzyszącymi im usługami służącymi profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu i poprawie zdrowia.

Brak określenia przez Zamawiającego proporcji (procentowego) udziału usług sprzątnięcia i usług pomocniczych w przedmiocie zamówienia, nie zwalnia wykonawców od racjonalnego, rzetelnego i rzeczywistego ustalenia jaki jest rzeczywisty koszt poszczególnych usług.

W ocenie Odwołującego - dowolność wykonawców w samodzielnym określeniu w/w proporcji, tym bardziej jeżeli poszczególne rodzaje usług objęte są różnymi stawkami podatku VAT, a w szczególności jeżeli część z nich jest zwolniona z podatku VAT, wymaga szczególnej rzetelności i skrupulatności, ponieważ nie może przybrać formy rażąco sprzecznej z obowiązującymi przepisami prawa.

Odwołujący w ramach zarzutu rażąco niskiej ceny zwrócił uwagę, że ścisły i nierozzerwalny związek z wyżej, szczegółowo opisaną przesłanką odrzucenia ofert, polegającą na złożeniu oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, ma kolejną przesłanką odrzucenia ofert określoną w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, polegającą na złożeniu oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Według Odwołującego - w przypadku usług z różną stawką podatku VAT, w szczególności usług zwolnionych z podatku VAT, co ma miejsce, w niniejszym przetargu, nie jest wystarczająca analiza łącznej ceny oferty, lecz niezbędna jest analiza cen jednostkowych oddzielnie dla usług, ze stawką VAT 23% takich jak utrzymanie czystości oraz usług służących profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu i poprawie zdrowia zwolnionych z tego podatku, celem zweryfikowania czy cena usługi objęta wyższą stawką podatku VAT (23%) nie jest rażąco niska.

Podnoszenie w niniejszym postępowaniu zarzutu rażąco niskiej ceny - elementu składowego dotyczącego usługi utrzymania czystości, jest tym bardziej trafne, zasadne i celowe, ponieważ kwestionowany element składowy łącznej ceny dotyczy głównego przedmiotu zamówienia i tym samym bezsprzecznie determinuje cenę całej oferty.

W ocenie Odwołującego, który aktualnie realizuje na rzecz zamawiającego, już od ponad trzech lat, umowę na usługę tożsamą z przedmiotem niniejszego zamówienia, minimalny koszt realizacji usługi utrzymania czystości nie może być niższy niż 171.318,00 zł netto miesięcznie, co potwierdzają poniższe obliczenia.

Zadeklarował, że aktualnie Odwołujący, świadcząc w sposób rzetelny i należyty tożsamą usługę na rzecz Zamawiającego, wyłącznie w zakresie usługi utrzymania czystości, zatrudnia 160 osób na pełny etat.

Do zrealizowania przedmiotowego zamówienia, w sposób rzetelny i należyty, zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w zakresie usługi utrzymania czystości, również wymagane jest zatrudnienie co najmniej 160 osób na pełny etat.

Mając na uwadze wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę, koszty zatrudnienia jednej osoby w pełnym wymiarze czasu pracy wynosi 2.394,80 zł brutto.

Zakres	Niezbędna ilość etatów do wykonania usługi	Płaca brutto (wszystkie składniki) (kol. 2 x 2.000,00 zł)	Składki ZUS (kol. 3 x 19,74%)	RAZEM KOSZTY OSOBOWE (kol. 3+4)
1	2	3	4	5
Usługa utrzymania czystości	160	320.000,00 zł	63.168,00 zł	383.168,00 zł

Praktyką jest, iż wykonawcy uwzględniają w swoich wyliczeniach również kwoty dofinansowania do wynagrodzenia osób niepełnosprawnych uzyskiwane z PFRON.

Zdaniem Odwołującego, który obecnie świadczy usługę na rzecz Zamawiającego, znającego lokalny rynek pracy, możliwy do osiągnięcia poziom dofinansowania wynagrodzenia osób niepełnosprawnych z PFRON wynosi nie więcej niż 251.850,00 zł, co obrazuje poniższa tabela:

Rodzaj dotacji	Liczba osób	Kwotą dofinansowania PFRON na jeden etat	Łączne miesięczne dofinansowanie (kol. 3 x kol. 2)
1	2	3	4
dofinansowanie do wynagrodzenia osób z orzeczoną stopniem niepełnosprawności - LEKKIM SPECJALNYM	18	1.050,00 zł	18.900,00 zł
dofinansowanie do wynagrodzenia osób z orzeczoną stopniem niepełnosprawności - UMIARKOWANYM	20	1.125,00 zł	22.500,00 zł
dofinansowanie do wynagrodzenia osób z orzeczoną stopniem niepełnosprawności - UMIARKOWANYM SPECJALNYM	122	1.725,00 zł	210.450,00 zł
RAZEM	160		251.850,00 zł

Do kosztów osobowych dodatkowo należy doliczyć jeszcze m. in.:

Koszt	Wymagania zamawiającego zgodnie z SIWZ	Koszt miesięczny (netto)
Pranie mopów, ścierek oraz odzieży roboczej	Załącznik nr 4 do SIWZ pkt. 19,20,21,37.6	9.380,00 zł
Środki myjąco - dezynfekcyjne oraz higieny	Załącznik nr 4 do SIWZ pkt. 33	30.620,00 zł
RAZEM		40.000,00 zł

Zakres, koszt	Niezbędna ilość etatów do Wykonania usługi	Płaca brutto (wszystkie składniki) (kol. 2 x 2000,00 zł)	Składki ZUS (kol. 3 x 19,74%)	RAZEM KOSZTY OSOBOWE (kol. 3+4)	Dofinansowanie do wynagrodzenia osób - niepełnosprawnych	ŁĄCZNY KOSZT (kol. 5 - kol. 6) [NETTO]
1	2	3	4	5	6	7
Usługa utrzymania czystości - koszt zatrudnienia	160	320.000,00 zł	63.168,00 zł	383.168,00 zł	251.850,00 zł	131.318,00 zł
Pranie mopów, ścierek oraz odzieży roboczej						9.380,00 zł
Środki myjąco - dezynfekcyjne oraz higieny						30.620,00 zł
MINIMALNY KOSZT WYKONYWANIA USŁUGI UTRZYMANIA CZYSTOŚCI:						171.318,00 zł

Mając na uwadze powyższe obliczenia, zauważył, że już sam koszt zatrudnienia pracowników świadczących usługę utrzymania czystości przewyższa ponad 3 krotnie kwotę zaoferowaną przez Konsorcja N. i I..

W jego ocenie - powyższa kalkulacja kosztów usług utrzymania czystości wskazuje, że całkowicie nierealne są ceny jednostkowe za utrzymanie czystości w wysokości 1,00 - 1,03 zł/m² netto, które z całą pewnością nie pokrywają już samych kosztów osobowych (nawet przy założeniu maksymalnego możliwego dofinansowania z PFRON), i co oczywiste nie pokrywają środków czystości i dezynfekcyjnych niezbędnych do wykonania bieżących usług utrzymania czystości zgodnie z wymaganiami przedmiotowego przetargu.

Następny zarzut dotyczył sprzeczności treści złożonych przez wykonawców ofert konkurencyjnych z treścią SIWZ.

W kontekście w/w zarzutów stwierdził, że treść ofert złożonych przez w/w Konsorcja N. i I. nie odpowiada SIWZ, stanowiąc przesłankę ich odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1

pkt 2 ustawy Pzp, skoro obydwie konsorcja jako główną i podstawową usługę wyceniły usługę pomocniczą służącą profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu i poprawie zdrowia.

Według Odwołującego okoliczność ta absolutnie nie może ująć uwadze Zamawiającego, ponieważ treść formularzy cenowych w ofertach Konsorcjum N. i I., prowadzi do absurdu sytuacji, która nie może zostać zaakceptowana przez Zamawiającego, że główny i podstawowy przedmiot zamówienia, zgodnie z nazwą i opisem zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, którym są usługi utrzymania czystości, jest aż 6 krotnie niższy niż koszt usług pomocniczych służących profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu i poprawie zdrowia.

Ostatni zarzut wskazywał na nieważność ofert na podstawie odrębnych przepisów, że oferty złożone przez w/w konsorcja są nieważne na podstawie odrębnych przepisów, ponieważ zgodnie z ogólną regułą wynikającą z art. 58 Kodeksu cywilnego, czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, jak również nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego.

Oferty złożone przez ww. Konsorcja N. i I. ewidentnie są – w ocenie Odwołującego - działaniami sprzecznymi z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażającymi i naruszającymi interesy innych przedsiębiorców, wypełniającymi jednocześnie znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

Takie działania w/w Konsorcjów N. i I. – w przekonaniu Odwołującego - nie mieszczą się nawet w pojęciu „agresywnej optymalizacji podatkowej”, ponieważ są ewidentnym i rażącym przejawem naruszenia przepisów prawa podatkowego, polegającym na bezprawnym uniknięciu zapłaty podatku VAT przez w/w Konsorcja N. i I..

W dniu 14 września 2017r. zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - 1) I. + Sp. z o.o., ul. (...), 2) N. S. Sp. z o.o., ul. (...), 3) M. Sp. z o.o., ul. (...), 4) N. Sp. z o.o., ul(...), zwani dalej Przystępującym Konsorcjum N., a także wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - 1) I. C. sp. z o.o., ul. (...), O. C. sp. z o.o., ul. (...), zwani dalej Przystępującym Konsorcjum I..

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, ofert Przystępujących Konsorcjum N. i Konsorcjum I., wezwań Zamawiającego do Przystępujących Konsorcjum N. i Konsorcjum I. dotyczących wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 18 sierpnia 2017r., odpowiedzi Przystępujących Konsorcjum N. i Konsorcjum I. na powyższe wezwania z dnia 22 sierpnia 2017r. wraz z załączonymi dokumentami, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 1 września 2017r., pisma procesowego Przystępującego Konsorcjum N. z dnia 25 września 2017r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 7 ust.1 i 3 ustawy Pzp, art. 8 ust.1 – 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 4, 8 ustawy Pzp ustawy Pzp.

Odnosząc się do meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego z przedmiotowego przetargu z powodu sprzeczności jej treści z treścią SIWZ, z powodu rażąco niskiej ceny, a także w warunkach, gdy stanowi ona czyn nieuczciwej konkurencji.

Nadto, wymagało wyjaśnienia czy zastrzeżenie przez Przystępujących tajemnicy przedsiębiorstwa zostało dokonane zgodnie z art.8 ust 3 zd.1 ustawy Pzp, który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

W przekonaniu Izby treść wyjaśnień Przystępujących Konsorcjum N. i Konsorcjum I., jako zawierających szczegółową, zabezpieczoną informację w zakresie kalkulacji ceny świadczenia usługi, a także zestawienia sprzętowego w aspekcie jego wartości może

stanowić dla niego istotną wartość gospodarczą, a nie została ona przekazana do publicznej wiadomości.

Stosownie do przepisu art.11 ust.4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Wymaga jednak zauważenia, że część informacji zawartych w wyjaśnieniach nie zawierała takiej tajemnicy, jak chociażby ujawnione na rozprawie przez Przystępującego załączniki.

Z tego powodu Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art.8 ustawy Pzp, jednak nie mające wpływu i nie mogące mieć wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przechodząc do rozpoznania zarzutu złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę Izba stanęła na stanowisku, że wyjaśnienia Przystępującego odnoszące się do rażąco niskiej ceny nie dawały Zamawiającemu podstawy do potwierdzenia jej istnienia.

Izba uznała działanie Zamawiającego odnoszące się do badania rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty Przystępującego Konsorcjum N. i Konsorcjum I. za mieszczące się w dyspozycji przepisu art.90 ustawy Pzp.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 90 ust.1 cyt. wyżej ustawy Pzp 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 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

- 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.

Jednocześnie w takim przypadku stosownie do przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Wymaga również wskazania, że w myśl przepisu art.90 ust. 3 ustawy Pzp 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.

W rozpoznawanej sprawie sytuacja braku udzielenia wyjaśnień w ogóle nie zaistniała.

Natomiast, według uznania Izby dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi przez Przystępującego Konsorcjum N. i Konsorcjum I. dowodami nie potwierdziła, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Izby Przystępujący Konsorcjum N. przedłożył wyjaśnienia wraz z dowodami (wyjaśnienia z dnia 22 sierpnia 2017r. wraz z kalkulacją cenową i załącznikami), z których wynikało, że przewidział on wszystkie koszty na kontrakcie, zaś Konsorcjum I. takie wyjaśnienia wraz z kalkulacją cenową przedłożył w treści samego pisma.

Dodatkowo, za wyjątkowo sprzyjający warunek wykonywania zamówienia dostępnego dla wykonawcy, należało uznać – w ocenie Izby – okoliczność posiadania statusu pracodawcy prowadzącego zakład pracy chronionej i braku kosztów wyposażenia sprzętowego z powodu ich amortyzacji.

Według zapatrywania Izby celem postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art.90 ustawy Pzp, jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawców cena jest nierealna, niewiarygodna i nie zapewni prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

Izba przyjęła, że powyższa procedura wyjaśniająca musi zmierzać do wyjaśnienia zaoferowanej ceny, a także wątpliwych jej kosztów.

Wprawdzie zgodnie z art.190 ust. 1a pkt. 1 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, jednak złożone w postępowaniu odwoławczym wyjaśnienia i dowody wymagają przeprowadzenia przeciwdowodu, jeżeli Odwołujący ma wiedzę, że podana przez Przystępujących cena jest rażąco niska i zawiera rażąco niskie koszty, które nie zapewniają należytego wykonania zadania.

Izba potraktowała podane przez Odwołującego w jego odwołaniu kalkulacje odnoszące się do wyjaśnień Przystępujących, jako jego oświadczenie nie poparte żadnymi dowodami.

Innymi słowy propozycje kalkulacyjnych wyliczeń dokonanych przez Odwołującego nie przesądzą o możliwościach ofertowych Przystępujących.

Istotne w rozpoznawanej sprawie jest również, że ceny zaoferowanej usługi były bardzo zbliżone do siebie pod względem wartościowym, bowiem ranking ofert przedstawiał się następująco: cena oferty Przystępującego Konsorcjum N. wynosiła 14.770.552,32 zł netto, 15.530.649,03 zł brutto, cena oferty Przystępującego Konsorcjum I. była o wartości 15.296.404,21 zł netto, 15.653.836,21 zł brutto, cena oferty Odwołującego wyniosła 14.339.442,21 zł brutto i 15.971.660,71 zł netto.

Powyższe relacje cenowe nie wskazują zatem, że zaproponowane ceny są nierealne, niewiarygodne i nie zapewniające prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

Z powyższych względów należało przyjąć, że Zamawiający nie miał podstawy do odrzucenia oferty wykonawców na zasadzie art. 89 ust.1 pkt. 4 ustawy Pzp, które mogłoby nastąpić jedynie, gdyby dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdziła, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu złożenia ofert Przystępujących Konsorcjum N. i Konsorcjum I. stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji Izba uznała, że on również się nie potwierdził.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Jednocześnie w myśl przepisu 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.

Zdaniem Izby Odwołujący nie udowodnił okoliczności złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

Izba w tym zakresie oparła się o ustalenie, że Zamawiający w SIWZ nie określił procentowego udziału danej usługi w zamówieniu. Powyższa okoliczność mogła mieć wpływ na sposób kalkulacji danego rodzaju usługi.

Poza tym, Izba ustaliła, że zgodnie z pkt. 3.1 Część I – Instrukcja dla wykonawców przedmiotem zamówienia jest świadczenie przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego kompleksowych zabiegów sanitarno-higienicznych oraz czynności transportowych w obiektach Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im J. K. w S. Sp. z o. o. przy ul. (...) oraz przy ul. (...).

Nadto, Izba uwzględniła również w tej sprawie okoliczność zadekretowanych przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytania nr 34 i nr 70 z dnia 24 lipca 2017r. dyrektyw dotyczących wyceny w formularzu cenowym załącznika nr 10 poz.3 usług służących profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu i poprawie zdrowia, gdzie w Zamawiający odesłał do treści pytania nr 24, w którym wskazano szczegółowy katalog wszystkich czynności usługowych, które należało wycenić.

Według zapatrywania Izby – Odwołujący nie udowodnił, że powyższy obszerny zakres usług służących profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu i poprawie zdrowia nie uzasadniał zaoferowania przez wykonawców konkurencyjnych takich, a nie innych cen wraz ze stawką zwolnioną z podatku VAT.

Nadto, w kontekście powyższego opisu przedmiotu zamówienia nie można uznać usługi utrzymania czystości (l.p. 2 załącznika nr 10 do SIWZ – formularz cenowy) za mającą charakter podstawowy, generujący zwiększone koszty w stosunku do usługi służącej profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu i poprawie zdrowia.

Z powyższych względów zarzut złożenia ofert stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności polegający na manipulacji cen i stawki podatku VAT okazał się bezzasadny.

W związku z powyższym zarzutem, Izba również zwróciła uwagę, że Odwołujący nie zarzucił Odwołującemu zaniechania odrzucenia oferty Przystępujących Konsorcjum N. i Konsorcjum I.z powodu wystąpienia błędu w obliczeniu ceny, a w istocie podważa on wartość zaoferowanych cen jednostkowych, składających się na cenę całkowitą, w tym również kwestionuje zakres zwolnienia podatkowego.

Wymaga wskazania, że stosownie do art.192 ust.7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Izba postanowiła oddalić wnioski dowodowe z interpretacji podatkowych wydanych przez Izby Skarbowe i raportu bieżącego z dnia 2 lutego 2017r., uznając, że dowody te mogłyby zostać jedynie rozważane w przypadku zgłoszenia zarzutu błędu w obliczeniu ceny.

W odniesieniu do zarzutu złożenia przez Przystępujących Konsorcjum N. i Konsorcjum I. ofert, których treść pozostaje w sprzeczności z treścią SIWZ, Izba uznała, że Odwołujący w ogóle nie wskazał jakichkolwiek jej postanowień SIWZ.

Podobnie rzecz się przedstawia z zarzutem złożenia oferty, nieważnej na podstawie odrębnych przepisów, Izba nie dostrzegła tej nieważności oferty, a Odwołujący jej nie uzasadnił.

Nadto, powołany przez Odwołującego przepis art.119a § 1 ustawy Ordynacja podatkowa nie przewiduje sankcji nieważności czynności prawnej. Wobec tego powołanie się na ten przepis jest chybione.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....