

WYROK

z dnia 7 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2016 r. przez Odwołującego – wykonawcę P.L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.L. MIXON z siedzibą w Żaganiu, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – 15 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Szczecinie, przy udziale wykonawcy EKOTON sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego 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 Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę w łącznej wysokości 4.275,08 zł (słownie: cztery tysiące dwieście siedemdziesiąt pięć złotych 08/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie i rozprawę.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

15 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Szczecinie (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 pn.: „Usługi sprzątania pomieszczeń wewnętrznych budynków, zewnętrznych powierzchni utwardzonych oraz utrzymania terenów zielonych w Jednostkach, Instytucjach i obiektach wojskowych położonych w rejonie odpowiedzialności 15 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Szczecinie” (znak sprawy 28-ZP-04-16), 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 w dniu 20 kwietnia 2016 r. pod nr 2016/S 077-137253.

W dniu 12 października 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze w części II zamówienia oferty wykonawcy EKOTON sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (dalej „Wykonawca E”).

W dniu 21 października 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „Izba” lub „KIO”) wpłynęło odwołanie wykonawcy P.L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.L. MIXON z siedzibą w Żaganiu (dalej „Odwołujący”), w którym, w zakresie części II zamówienia, zarzucono Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2. art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 pkt. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Znk”, przez ujawnienie informacji zawartych w piśmie z dnia 11 lipca 2016 r. (wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny) pomimo zastrzeżeń Odwołującego,
3. art. 90 ust. 3 Pzp przez uznanie złożonych przez Odwołującego wyjaśnień jako niewystarczających i potwierdzających rażąco niską cenę,
4. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę,
5. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny,

6. art. 91 ust. 1 Pzp przez wadliwy wybór oferty Wykonawcy E jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia odrzucenia jego oferty,
2. unieważnienia oceny ofert i wyboru oferty Wykonawcy E,
3. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert,
4. powtórnego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący stwierdził, że ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ w razie jego uwzględnienia oferta będzie ofertą najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu wskazano, że wyrokiem z dnia 15 września 2016 r. (sygn. akt KIO 1624/16) Izba uwzględniła poprzednie odwołanie wniesione Odwołującego, który zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 90 ust. 1 i 2, art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 Pzp. w zakresie części II zamówienia. Izba nakazała unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej w części II zamówienia, unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie tej części zamówienia oraz powtórzenie badania i oceny ofert.

Po przeprowadzeniu nakazanych w wyroku czynności, w dniu 12 października 2016 r., Zamawiający poinformował Odwołującego, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, ponownie odrzucił jego ofertę uznając, że zaoferowana cena ma charakter rażąco niski, oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny i nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia oraz poinformował, że dokonał wyboru oferty Wykonawcy E jako najkorzystniejszej w części II zamówienia.

Odwołujący, w ustosunkowaniu do uzasadnienia podstawy odrzucenia jego oferty, podał że Zamawiający dokonując powtórnej analizy oferty Odwołującego oparł swoją tezę o argumenty przedstawione na rozprawie przed Izbą w dniu 13 września 2016 r. przez Wykonawcę E, który wówczas miał status przystępującego po stronie Zamawiającego.

Zamawiający w zawiadomieniu o wyniku Postępowania informuje, że „jest zobowiązany do ponownej analizy przedłożonych przez Odwołującego wyjaśnień, w tym w szczególności w kontekście podnoszonych przez innego wykonawcę zarzutów w toku postępowania odwoławczego”.

Odwołujący wskazał, że w dniu 11 lipca 2016 r. złożył na wezwanie Zamawiającego, wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny opatrzone klauzulą, że informacje w nich zawarte stanowią tajemnicę firmy i nie mogą być ujawnione innym osobom poza komisją przetargową. W wyjaśnieniach Odwołujący podał m.in. informacje stanowiące tajemnicę

firmy, a dotyczące wielkości planowanego zatrudnienia, charakteru zatrudnienia, planowanych stawek wynagrodzenia, rodzaju i ilości wyposażenia techniczno-maszynowego, stawek za motogodziny pracy sprzętu, dane o lokalizacji bazy materiałowo-sprzętowej oraz informacje o serwisie technicznym, a więc informacje organizacyjne przedsiębiorstwa, techniczne, technologiczne oraz posiadające wartość gospodarczą, czym wypełnił przesłanki oznaczone w art. 11 ust. 4 Znk. Tymczasem, co dla Odwołującego jest zaskakujące, Wykonawca E posiadał kopię złożonych wyjaśnień i w trakcie rozprawy w dniu 13 września 2016 r. przeprowadzał na jego podstawie wywód o rzekomym błędnym sposobie kalkulacji ceny przez Odwołującego.

Argumentacja Wykonawcy E z rozprawy w dniu 13 września 2016 r. stanowi, w ocenie Odwołującego, podstawę uzasadnienia zarzutów Zamawiającego przedstawionego w zawiadomieniu o wyniku Postępowania. W trakcie rozprawy Wykonawca E przyznał, że wyjaśnienia Odwołującego dotyczące rażąco niskiej ceny otrzymał od Zamawiającego, czym w sposób nieuprawniony naruszył przepisy art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 Znk.

Następnie Odwołujący zakwestionował argumentację Zamawiającego dotyczącą błędów polegających na nieuwzględnieniu przez Odwołującego co najmniej w części skalkulowanych elementów cenowych należnego podatku od towarów i usług (VAT).

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający przytacza wyliczenia dotyczące wysokości kosztów zatrudnienia jakie poniesie Odwołujący w związku z zatrudnieniem osób, przy uwzględnieniu wszystkich poczynionych założeń odnośnie płacy minimalnej oraz dofinansowania z PFRON w całym okresie zamówienia. Zamawiający przy tym stwierdza, że „Kluczowym elementem wpływającym na cenę za realizację zamówienia są koszty osobowe personelu skierowanego do jego wykonania” i zarzuca Odwołującemu, że koszty zatrudnienia nie zostały powiększone o należny VAT jaki Odwołujący zobowiązany będzie ponieść w związku z zatrudnieniem, stwierdzając, jakoby „Pełne koszty zatrudnienia osób, przy uwzględnieniu wskazanych założeń w całym okresie realizacji zamówienia wyniosą: (...) 373.509,60 zł. Taką też wartość wskazał w swoich wyjaśnieniach wykonawca. Wyraźnie widać, że element ten nie został natomiast powiększony o należny podatek VAT jaki wykonawca zobowiązany będzie ponieść w związku z realizacją usługi.”.

W kontekście powyższego Odwołujący podał, że podatek od towarów i usług, zwany podatkiem od wartości dodanej, jest specyficznym typem pośredniego, powszechnego podatku obrotowego, który obciąża ostatecznego nabywcę towaru i zawarty jest w jego cenie zakupu. Wyróżnia się on tym, że jest podatkiem wielofazowym, czyli obciąża przyrost wartości w każdej fazie obrotu gospodarczego. Podatek ten nakłada się na każdą transakcję sprzedaży w procesie produkcji i dystrybucji. Ogólna kwota podatku

nie zależy od liczby faz obrotu, ale właśnie od „wartości dodanej” powstającej w każdej fazie działalności gospodarczej. Opodatkowanie zależy zatem od wysokości kwoty wartości dodanej i stawki podatku. VAT nie jest elementem kosztów. Każdy podatnik – uczestnik obrotu gospodarczego – nalicza podatek w momencie sprzedaży (podatek należny) i pomniejsza tę kwotę o podatek zapłacony w poprzedniej fazie (podatek naliczony). Ekonomiczny ciężar podatku ponosi ostateczny konsument.

Do czynności opodatkowanych należą:

1. odpłatna dostawa towarów oraz usług na terytorium kraju,
2. eksport towarów oraz ich import na terytorium kraju,
3. wewnątrz wspólnotowa dostawa oraz nabycie towarów.

Odwołujący odniósł się również do pojęcia kosztów pracy stwierdzając, że Główny Urząd Statystyczny (GUS) interpretuje je jako „sumę wynagrodzeń brutto i pozostałych wydatków, w tym także podatku dochodowego i składek na: ubezpieczenia społeczne, Fundusz Pracy i Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, poniesionych przez pracodawcę w celu pozyskania, utrzymania, przekwalifikowania i doskonalenia kadr.”. Pojęcie kosztów pracy zastępowane jest określeniami takimi jak „koszty osobowe”, „koszty zatrudnienia”, „koszty siły roboczej” oraz jako „koszty czynnika ludzkiego”.

Jak widać z definicji VAT i kosztów pracy koszt jaki Odwołujący poniesie w związku z zatrudnieniem pracowników nie ma żadnego związku z podatkiem od towarów i usług, czyli ze sprzedażą czy nabyciem towarów lub usług i nie może być w żadnym wypadku obciążony podatkiem.

Odwołujący stwierdził, że koszt zatrudnienia pracownika pracującego w pełnym wymiarze czasu pracy na podstawie umowy o pracę wyniesie pracodawcę 2.231,28 zł (1.850,00 zł + 381,28 zł), a składa się na to:

1. wynagrodzenie brutto – 1.850,00 zł,
2. ubezpieczenie emerytalne (9,76%) – 180,56 zł,
3. ubezpieczenie rentowe (6,50%) – 120,25 zł,
4. ubezpieczenie wypadkowe (1,80%) – 33,30 zł,
5. fundusz pracy (2,45%) – 45,33 zł,
6. fundusz gwarantowanych świadczeń pracowniczych (0,10%) – 1,85 zł.

Przy zastosowaniu podstawowych kosztów uzyskania przychodu i kwoty zmniejszającej podatek wynagrodzenie netto od kwoty 1.850,00 zł brutto wynosi 1.355,69 zł. Całkowity koszt zatrudnienia pracownika, który poniesie Odwołujący razem z wypłatą netto,

podatkiem, składkami ZUS wynosi 2.231,29 zł i jest to kwota którą przyjął Odwołujący do swoich obliczeń w wyjaśnieniach z dnia 11 lipca 2016 r.

W ocenie Odwołującego kuriozalnym wydaje się zarzut Zamawiającego dotyczący powiększenia kosztów osobowych jakie poniesie Odwołujący w związku z zatrudnieniem pracowników o VAT ze względu na rodzaj realizacji umowy (powierzchnie wewnętrzne, tereny zewnętrzne). Zamawiający stwierdza, że „Uwzględniając więc należny podatek w wysokości 23%, wartość tej pozycji kosztowej powinna wynieść 459.416,81 zł brutto” oraz „Wykonawca także w tym wypadku nie uwzględnił należytego podatku od towarów i usług hory w tym wypadku wynosi 8%”. Zamawiający w piśmie zarzuca, że koszt osobowy przy zatrudnieniu pracowników powinien być zwiększony o VAT w sytuacji, gdy:

1. Odwołujący zatrudni pracowników do realizacji umowy na powierzchniach wewnętrznych i wówczas wartość brutto wynagrodzenia należy dodatkowo powiększyć o 23% VAT, zatem wynosić będzie 459.416,81 zł brutto, a nie jak podaje Odwołujący – 373.509,60 zł brutto,
2. Odwołujący zatrudni pracowników do realizacji umowy na powierzchniach zewnętrznych utwardzonych i zielonych i wówczas wartość brutto wynagrodzenia należy dodatkowo powiększyć o 8% VAT, zatem wyniesie ona 144.102,63 zł brutto, a nie jak podaje Odwołujący – 133.428,34 zł brutto.

Reasumując, zarzut Zamawiającego dotyczący nienaliczenia przez Odwołującego dodatkowego VAT do wynagrodzeń pracowników jest całkowicie niezgodny z obowiązującym prawem. Dodatkowo, rozgraniczając ten podatek ze względu na rodzaj wykonywanej usługi (sprzątanie wewnętrzne 23%, czy tereny zewnętrzne 8%), Zamawiający w sposób oczywisty sam podważa wiarygodność swoich zarzutów.

Zdaniem Odwołującego zupełnie pozbawiony podstaw prawnych oraz logiki jest również zarzut Zamawiającego mówiący o braku naliczenia zysku od wynagrodzenia pracowników na zakładanym poziomie 10%. Zamawiający twierdzi, że „Należy dodać, że podany przez wykonawcę koszt nie uwzględnia również zysku, który gdyby przyjąć, że powinien wynieść zgodnie z założeniem wykonawcy 10%, zwiększyłby tę pozycję kosztową do wysokości 505.358,49 zł brutto”.

W związku z tym koszt jaki poniesie Odwołujący z tytułu zatrudnienia pracowników powinien według zamawiającego wynosić:

1. dla pracowników zatrudnionych do realizacji umowy (powierzchnie wewnętrzne) powinien wynosić wraz należnym według Zamawiającego podatkiem (23%) i zyskiem (10%) 505.358,49 zł brutto, a nie jak podaje Odwołujący 373.509,60 zł brutto,

2. dla pracowników zatrudnionych do realizacji umowy (tereny zewnętrzne utwardzone i zielone) powinien wynosić wraz należnym według Zamawiającego podatkiem VAT (8%) i zyskiem (10%) 158.512,89 zł brutto, a nie jak podaje Odwołujący 133.428,34 zł brutto.

Argumentacja Zamawiającego jest całkowicie błędna. Zysku w żaden sposób nie można doliczyć do kosztów jakie poniesie Odwołujący z tytułu zatrudnienia, gdyż sam fakt zatrudnienia pracowników nie generuje żadnego zysku. Zysk generuje dopiero wykonywana przez pracowników usługa lub sprzedaż.

Dalej Zamawiający zarzuca Odwołującemu, że „W zakresie pozostałych pozycji kosztowych wykonawca wskazał jedynie na wysokość kosztów tych pozycji. Nie wyjaśnił natomiast, czy zawierają one należny podatek od towarów i usług. W ocenie Zamawiającego niewłaściwy sposób podejścia do kalkulacji ceny w zakresie kosztów personelu wskazuje na jednakową metodę stosowaną przy każdej pozycji cenotwórczej”.

Odwołujący stwierdził, że w piśmie z dnia 11 lipca 2016 r. dotyczącym wyjaśnień rażąco niskiej ceny podał najważniejsze elementy cenotwórcze mające wpływ na wysokość oferty, tj.

1. koszty osobowe,
2. koszt wyposażenia pracowników w sprzęt podręczny i środki chemiczne,
3. koszt wyposażenia obiektów w środki higieniczne,
4. koszt pracy sprzętu i maszyn,
5. pozostałe (pranie firan, cięcie żywoplotów, pasy ppoż., czyszczenie rynien, itd.).

Przedstawiając wyjaśnienia Odwołujący wyliczył wartości dla poszczególnych elementów cenotwórczych, a wynik swoich obliczeń wyraźnie zaznaczył jako wartość brutto. Skoro zatem suma składników jest wartością brutto, to poszczególne składniki też muszą być podane brutto.

Podobnie, Odwołujący nie może posilkować się wartościami innymi niż brutto, ponieważ poszczególne elementy w ramach jednego składnika cenotwórczego, np. wyposażenia pracownika w sprzęt podręczny i środki chemiczne, obarczone są różnymi stawkami VAT, np. środek do mycia podłóg 23%, a rękawiczki lateksowe 8%. Odwołujący musi podawać wszystkie wartości w jednakowych jednostkach (czyli brutto), aby móc je wszystkie zsumować zgodnie z zasadami działań na tych samych wielkościach fizycznych (działania na tych samych jednostkach np. na wartościach brutto, netto, kg, m, itd.) i podać Zamawiającemu końcową wartość brutto.

Zasadę działania tylko w wartościach brutto Zamawiający ustalił nakazując w pkt 12.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), aby cenę oferty obliczyć, jako sumę

iloczynów poszczególnych rodzajów powierzchni i jednostkowych cen ryczałtowych (np. za 1 m² sprzątania, koszenia trawy, itd.), wg. załączonego Formularza cenowego (załączniki A, B, C, D, E dla poszczególnych części zamówienia) do SIWZ, którą należy obliczyć z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku”.

Formularz cenowy wskazany przez Zamawiającego wymagał podania zarówno cen jednostkowych, jak i wyliczonych na ich podstawie wartości za poszczególne rodzaje usługi tylko brutto. Wątpliwości, że Odwołujący nagle zacznie podawać wartości netto bez należnego podatku są nieuprawnione.

Odwołujący stwierdził, że nie może zgodzić się z zarzutem Zamawiającego, że elementy cenotwórcze takie jak:

1. transport personelu,
2. transport sprzętu,
3. wywóz zanieczyszczeń,
4. koszt odzieży bhp,
5. koszt dostawy towarów,
6. amortyzacja sprzętu,

zwiększą ostateczną cenę zamówienia. Odwołujący wykazał, że ich wartość ma niewielkie, wręcz pomijalne w stosunku do całości przedmiotu zamówienia. Podobne stanowisko zajęła również Izba w wyroku z dnia 15 września 2016 r. stwierdzając, że „w ocenie Izby elementy te nie mogą mieć rozstrzygającego znaczenia i same w sobie przesądzać o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny”.

Odwołujący zakwestionował również zarzut braku wskazania zysku. Zamawiający stwierdził bowiem, że „Mając na uwadze powyższe wyliczenia, w tym w szczególności nie osiągnięcie przez wykonawcę zysku na przedmiotowym zamówieniu...”.

Na wezwanie Zamawiającego, który miał wątpliwości w stosunku do zaoferowanej ceny, Odwołujący złożył wyjaśnienia potwierdzające, że jest w stanie zrealizować przedmiot umowy za zaoferowaną kwotę oaz osiągnie zysk.

Świadczą o tym następujące działania matematyczne:

1. wartość oferty Odwołującego (W) – 781.162,06 zł brutto,
2. koszty Odwołującego (pow. wewn. – Kw) – 439.509,60 zł brutto,
3. koszty Odwołującego (pow. zewn. i zielone – Kz) – 272.223,36 zł brutto,
4. razem koszty Odwołującego (Ko = Kw + Kz) – 711.732,96 zł brutto,

wobec czego zysk (Z) wynosi: $Z = W - Ko$, tj. 69,429,10 zł brutto.

Odwołujący wykazał w ten sposób, że osiągnięty zysk na poziomie ok. 10% wartości przedmiotu zamówienia określona w formularzu cenowym. Zarzut Zamawiającego w tym względzie jest błędny. Niewłaściwe, sprzeczne z obowiązującym prawem rozumowanie przez Zamawiającego definicji kosztów jakie Odwołujący będzie musiał ponieść w związku z wykonaniem zamówienia powoduje to, że wnioski w postaci braku zysku, które Zamawiający wyciąga są również niewłaściwe.

Ponadto w zawiadomieniu o rozstrzygnięciu Postępowania Zamawiający bezzasadnie podniósł, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, ponieważ zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Odwołujący wyjaśnił, że jego oferta została sporządzona w oparciu o formularz cenowy (załącznik B do SIWZ), stanowiący integralną część oferty, i wyliczona zgodnie z pkt 12.2 i 12.4. SIWZ (sposób obliczenia ceny oferty) mówiące o tym, że cena oferty ma być przedstawiona w wartości brutto, zgodnie z ustawą o cenach. Zarzut Zamawiającego mówiący, że oferta Odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny jest nieuprawniony i bezzasadny.

W podsumowaniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał, że nie wszystkie elementy cenotwórcze wskazane w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny są objęte podatkiem od towarów i usług (koszty osobowe – tylko podatek dochodowy i składki ZUS), a pozostałe Odwołujący podał jako wartości brutto czyli już z należnym VAT. Z kolei zarzut rzekomego błędu w obliczeniu ceny wydaje się oderwany od rzeczywistości.

Z ostrożności Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 15 września 2016 r. (sygn. akt KIO1624/16), w którym, w uzasadnieniu dotyczącym kwestii rażąco niskiej ceny, zawarto następującą opinię: „Dodatkowo wskazać należy, że złożone wyjaśnienia w kwestii potwierdzenia przez nie realności ceny należy oceniać w kontekście okoliczności przedmiotowego postępowania. Trzeba mieć na uwadze, że cena oferty jest wyższa od wartości szacunkowej części 2 zamówienia powiększonej o podatek VAT oraz od kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Co więcej, cena oferty, która została przez Zamawiającego uznana za prawidłową i wybrana jako najkorzystniejsza jest zaledwie o 9.980,63 zł wyższa od ceny oferty Odwołującego. Podkreślić należy, że Zamawiający udzielając w dniu 13 maja 2016 r. wyjaśnień do SIWZ poinformował; że Zamawiający w pracach nad szacunkiem zamówienia kierował się zapisami art. 32-34 ustawy Pzp i ustalił je z należytą starannością. Skoro więc Zamawiający prawidłowo oszacował wartość zamówienia, to należy założyć, że jest ona odzwierciedleniem cen rynkowych, zatem trudno oczekiwać od Wykonawcy wskazania bardzo szczegółowych

okoliczności bo brak jest podstaw, żeby zakładać, że cena oferty została w jakiś wyjątkowy sposób obniżona.”.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie przedstawiając następującą argumentację na poparcie tego wniosku.

W wyniku rozstrzygnięcia KIO z dnia 15 września 2016r. w sprawie o sygn. akt 1624/16, uwzględniającego odwołanie wniesione przez Odwołującego, Zamawiający zobowiązany został do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części II zamówienia, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie ww. części oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert. Zamawiający wykonał czynności nakazane przez Izbę, w szczególności dokonał ponownego badania oferty Odwołującego i w dniu 12 października 2016 r. ponownej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części II zamówienia.

Oferta złożona przez Odwołującego raz jeszcze została odrzucona z uwagi na potwierdzenie zaoferowania ceny rażąco niskiej oraz błędy w obliczaniu ceny.

Zamawiający podtrzymał argumentację zawartą w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty, natomiast w kwestii nieuprawnionego ujawnienia treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty Odwołującego stwierdził, że zarzut ten jest spóźniony i nie powinien być przez Izbę rozpatrywany.

Podał, że zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp, termin na wniesienie odwołania wynosi 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Odwołujący w treści odwołania potwierdził, że o ujawnieniu zastrzeżonych informacji dowiedział się w dniu 13 września 2016 r. i od tego momentu rozpoczął bieg terminu na wniesienie odwołania od czynności, którą Odwołujący obecnie kwestionuje. Zamawiający podkreślił, że termin na wniesienie odwołania ma charakter zawity, a jego upływ powoduje wygaśnięcie prawa do skutecznego kwestionowania określonej czynności. W tym zakresie termin upłynął bezskutecznie w dniu 23 września 2016 r. Jako że przepisy Pzp nie przewidują częściowego odrzucenia odwołania, w tym zakresie zarzut należy pozostawić bez rozpoznania.

Z ostrożności Zamawiający podkreślił, że ujawnienie informacji zastrzeżonych przez Odwołującego nastąpiło w wyniku bezskutecznego ich zastrzeżenia.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest co do zasady jawne, a wyłączenie jawności może odbywać się tylko w zakresie przewidzianym w Pzp. Zamawiający przytoczył przepis art. 8 ust. 3 Pzp i wskazał, że dla skuteczności wyłączenia jawności informacji konieczne jest jej zastrzeżenie w terminie składania ofert lub wniosków

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz wykazanie, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający przytoczył następnie przepis art. 11 ust. 4 Znk i wyjaśnił, że Odwołujący zawarł w zastrzeżonych wyjaśnieniach odpowiednią klauzulę poufności, przy czym nie wykazał skuteczności ich zastrzeżenia, tj. przesłanek wynikających z art. 11 ust. 4 Znk, czym faktycznie zrezygnował z zachowania ich w poufności.

Na marginesie Zamawiający zaznaczył, że zastrzeżone informacje nie miały szczególnej wartości dla Odwołującego, który sam dokonał ich ujawnienia zawierając szereg z nich w treści odwołania z dnia 1 września 2016 r. Wskazał w nim na wysokość wynagrodzenia oraz rodzaj stosunku jaki zawrze z osobami zatrudnionymi do realizacji zamówienia, informacje o dodatkowym sprzęcie, a nawet jego rodzaju (których nie zawarł w swoich wyjaśnieniach dotyczących ceny), posiadaniu bazy materiałowo-sprzętowej oraz jej lokalizacji. Powinien przy tym mieć świadomość, że w związku z obowiązkiem Zamawiającego wynikającym z art. 185 ust. 1 Pzp odwołanie to trafi do pozostałych wykonawców uczestniczących w postępowaniu, a tym samym uzyskają oni informacje jakie rzekomo dla Odwołującego mają szczególną wartość. Ujawniając te informacje potwierdził jedynie, że jego działania nie zmierzają do zachowania informacji w poufności, a więc nie może być mowy o informacjach stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

W zakresie zarzutu nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę Zamawiający wskazał, że w art. 2 pkt 1 Pzp ustawodawca zawarł definicję ceny przez odesłanie do art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz.U.2014.915). Z treści przywołanych przepisów wynika, że cena jest wartością wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę powiększoną o należny podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru lub usługi podlega obciążeniu takim podatkiem.

Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U.2016.710 j.t. ze zm.), zwana dalej „Ustawą”, w art. 5 ust. 1 pkt 1, stanowi, że opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług podlegają odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju. Usługą w rozumieniu Ustawy jest natomiast każde świadczenie na rzecz osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, które nie stanowi dostawy towarów w rozumieniu art. 7 Ustawy, w tym również (art. 8 ust. 1 Ustawy):

1. przeniesienie praw do wartości niematerialnych i prawnych, bez względu na formę, w jakiej dokonano czynności prawnej,

2. zobowiązanie do powstrzymania się od dokonania czynności lub do tolerowania czynności lub sytuacji,
3. świadczenie usług zgodnie z nakazem organu władzy publicznej lub podmiotu działającego w jego imieniu lub nakazem wynikającym z mocy prawa.

Zamawiający stwierdził, że ponieważ mamy do czynienia z zamówieniem publicznym, a więc z umową odpłatną (zob. art. 2 pkt 13 Pzp), której przedmiotem jest świadczenie usług sprzątnia, nie ulega wątpliwości, że cena w ofertach wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie musi obejmować podatek od towarów i usług, natomiast sposób wyliczenia wartości podatku musi być zgodny z Ustawą. Istotne dla wartości podatku jest więc podstawa opodatkowania oraz właściwa stawka podatku.

Zamawiający wyjaśnił, że Odwołujący kwestionuje objęcie podatkiem kosztów zatrudnienia oraz w sposób specyficzny traktuje pozostałe koszty składające się na usługę. Skoro usługą jest każde świadczenie niebędące dostawą towarów, to świadczenie polegające na sprzątniu powierzchni wewnętrznych oraz zewnętrznych z całą pewnością należy uznać za usługę. Usługa ta składa się z szeregu kosztów jakie wykonawca zobowiązany jest ponieść w celu należytego jej wykonania. Są nimi m.in. koszty związane z zatrudnieniem pracowników, użyciem sprzętu, jego konserwacją lub zakupem odpowiednich materiałów niezbędnych do wykonania usługi. Suma tych kosztów wraz z zyskiem stanowi podstawę opodatkowania, od której należy obliczyć należny VAT. Zgodnie bowiem z art.29a ust. 1 Ustawy, podstawą opodatkowania z zastrzeżeniem ust. 2-5, art.30a – 30c, art. 32, art. 119 oraz art. 120 ust. 4 i 5, jest wszystko, co stanowi zapłatę, którą dokonujący dostawy towarów lub usługodawca otrzymał lub ma otrzymać z tytułu sprzedaży od nabywcy, usługobiorcy lub osoby trzeciej, włącznie z otrzymanymi dotacjami, subwencjami i innymi dopłatami o podobnym charakterze mającymi bezpośredni wpływ na cenę towarów dostarczanych lub usług świadczonych przez podatnika.

W ocenie Zamawiającego nie można tym samym zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że koszty zatrudnienia nie podlegają uwzględnieniu przy obliczaniu należnego VAT od świadczonej usługi. Koszty te stanowią element usługi, bez którego nie byłoby możliwe jej wykonanie, a żaden przepis Ustawy nie zwalnia z obciążenia podatkiem w tym zakresie.

Drugim istotnym, obok podstawy opodatkowania, elementem wpływającym na wysokość podatku, a zarazem na cenę oferty, jest stawka podatkowa, która w tym wypadku, w zależności od rodzaju usługi, wynosi 23% lub 8%. Niezależnie od elementów składających się na usługę, ten sam rodzaj kosztu może być obciążony różną stawką podatkową. Stawka podatkowa dotyczy bowiem w tym wypadku usługi, a nie jej poszczególnych

elementów. W tym przypadku tak jest m.in. w zakresie kosztów zatrudnienia personelu. Gdyby Odwołujący uwzględnił VAT w zakresie kosztów zatrudnienia zaoferowana cena byłaby istotnie wyższa i wpłynęłaby na klasyfikację ofert.

Odnosząc się do pozostałych pozycji kosztowych składających się na usługę Zamawiający podał, że badając wyjaśnienia zwrócił uwagę, że w każdej z nich Odwołujący posługuje się sformułowaniem kosztu. Podsumowując każdą pozycję także wskazał na całościowy koszt wynikający z danej pozycji, w tym m.in. koszty środków, koszty sprzątania pokoi gościnnych, koszty pracy maszyn, koszty utrzymania trawników itd. Suma wszystkich kosztów wraz z wynagrodzeniem pracowników została określona jako wartość brutto. W żadnym miejscu wyjaśnień Odwołujący nie wskazał, na uwzględnienie podatku od towarów i usług.

Zdaniem Zamawiającego kosztem jest wszystko to, co wykonawca zobowiązany jest ponieść w celu wykonania usługi, bez zysku i podatku za tą usługę. Skoro Odwołujący posługuje się pojęciem „kosztów” dla poszczególnych elementów, a następnie dokonując podsumowania nie uwzględnia należnego podatku od wartości dodanej, to należało uznać, że bezpodstawnie przyjął, że suma kosztów stanowi wartość brutto usługi. Odwołujący właściwie definiuje VAT jako podatek powszechny, wielofazowy, od tzw. wartości dodanej, nakładany na każdą transakcję sprzedaży w procesie produkcji i dystrybucji lub każde świadczenie usług. Sam jednak postępuje odmiennie, nie uwzględniając podatku na etapie świadczenia usługi. Poniesienie podatku w fazie obrotu związanej z zakupem materiałów nie zwalnia Odwołującego od jego uwzględnienia także na kolejnym etapie, tj. świadczenia usługi. Wysokość podatku może być wówczas pomniejszona o wartość podatku naliczonego, przy czym to Odwołujący zobowiązany był do wskazania zakresu i wysokości zmniejszenia VAT w związku z jego poniesieniem w poprzedniej fazie obrotu. Zamawiający podkreślił, że nie ma pełnej wiedzy jakie środki Odwołujący faktycznie zamierza zakupić dla należytego wykonania usługi, jaka jest ich wartość w stosunku do pozostałych kosztów oraz po jakich cenach środki te będą nabywane. Szczegółowe wyliczenie w tym zakresie powinno być przedmiotem wyjaśnień Odwołującego, na którym to ciąży w tym wypadku ciężar dowodu. W ocenie Zamawiającego wyciąganie wniosku, na podstawie wartości całkowitej brutto za świadczenie usług sprzątania powierzchni wewnętrznych oraz zewnętrznych, o wartościach brutto każdej pozycji kosztowej jest zbyt daleko idące i nie wynika z treści wyjaśnień. Odwołujący niesłusznie uznaje, że w tych pozycjach podatek poniesiony wcześniej zwalnia go w całości z uwzględnienia podatku na etapie wykonywania usługi. Podobnie jak w przypadku kosztów zatrudnienia, Odwołujący powinien był w związku z tym powiększyć koszty o należny VAT, co w konsekwencji przełożyłoby się na ostateczną cenę usługi.

Nie bez wpływu na cenę pozostają także inne koszty, które – zdaniem Odwołującego – mają niewielkie, wręcz pomijalne znaczenie. Izba w wyroku z dnia 15 września 2016 r. (sygn. akt KIO 1624/16) stwierdziła wprawdzie, że koszty te „nie mogą mieć rozstrzygającego znaczenia i same w sobie przesądzać o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny”, ale z całą pewnością nie wynika z tego, że pozostają one bez wpływu na cenę. Są one jednym z elementów świadczonej usługi i muszą znaleźć pokrycie w kosztach. Niewątpliwie koszty te nie zostały wykazane w wyjaśnieniach, a co za tym idzie uwzględnione w cenie oferty, czemu Izba nie zaprzeczyła w przywołanym wyżej wyroku.

Zamawiający zwrócił również uwagę, że zysk nie jest wartością brutto, jak należy wnioskować z treści wyjaśnień Odwołującego oraz treści odwołania. Zysk także podlega powiększeniu o wartość VAT. Choć ma to w tym wypadku drugorzędne znaczenie, to także wskazuje na niewłaściwe podejście do kalkulacji ceny.

Zamawiający stwierdził, że przytoczona powyżej argumentacja, a w szczególności nieuprawnione uznanie przez Odwołującego, że koszty zatrudnienia nie stanowią części usługi, od której należy wyliczyć VAT, świadczą o błędach w obliczaniu ceny. Odwołujący pozostaje w błędnym przeświadczeniu, że podatek ten nie jest należny od wartości całości kosztów wraz z planowanym zyskiem, lecz jedynie od ich części.

W ocenie Zamawiającego kalkulacja ceny oferty Odwołującego, nieuwzględniająca wszystkich składników, w szczególności należnego podatku od towarów i usług, nie może być uznana za cenę odzwierciedlającą realia rynkowe. Trudno bowiem przyjmować, że podmioty działające na rynku nie uwzględniają należnych podatków, a następnie ponoszą z tego tytułu określone konsekwencje prowadzące do wykonania umowy poniżej kosztów wytworzenia świadczenia będącego przedmiotem umowy.

W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia Zamawiający wskazał na wyraźną dysproporcję pomiędzy ceną zaoferowaną, a ceną faktyczną, jaka wiąże się z wykonaniem przez Odwołującego zamówienia. Wynika z niej, że w przypadku prawidłowo przeprowadzonej kalkulacji, oferta Odwołującego nie zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Podkreślił, że sam fakt ustalenia wartości zamówienia z należytą starannością na poziomie niższym niż złożone w Postępowaniu oferty nie może sam w sobie stanowić podstawy uznania zaoferowanych przez wykonawców cen za nie mających charakteru rażąco niskiej. Ustawodawca ustalił dwa obligatoryjne kryteria, w których takie podejrzenie występuje. Jednym z nich jest odbieganie ceny oferty od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, jak miało to miejsce w tym wypadku. Ocena jednak czy mamy do czynienia z taką ceną dokonywana jest przede wszystkim na podstawie wyjaśnień wraz z załączeniem dowodów. Zamawiający, czyniąc zadość wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasadzie uczciwej konkurencji

oraz równego traktowania wykonawców, zobowiązany jest w sposób obiektywny zbadać wyjaśnienia, a nie przyjmować *a priori*, że są one prawidłowe i samo ich złożenie prowadzi do wniosku, że zaoferowana cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Z tego też względu zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp (choć nie został powiązany z żadnym innym przepisem oraz nie zawiera uzasadnienia faktycznego) Zamawiający uznał za nieuzasadniony.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca E, wnosząc o oddalenie odwołania.

W piśmie procesowym z dnia 4 listopada 2016 r. uzasadnił powyższy wniosek w następujący sposób.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 8 ust. 3 Pzp zgłaszający przystąpienie stwierdził, że jest on chybiony, ponieważ Odwołujący nie wykazał aby informacje zawarte w wyjaśnieniach faktycznie stanowiły tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący nie dowiódł, by informacje o wysokości planowanego zatrudnienia, planowanych stawkach, czy inne informacje organizacyjne posiadały jakąkolwiek wartość gospodarczą, ani by podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności tych informacji. W tej sytuacji Zamawiający słusznie uznał, iż informacje zawarte w wyjaśnieniach Odwołującego nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa, zaś zastrzeżenie ich poufności przez Odwołującego na podstawie art. 8 ust. 3 Pzp było nieskuteczne.

Niezależnie od powyższego Wykonawca E stwierdził, że zarzut jest spóźniony. Podał, że w braku obowiązku informowania wykonawców o wynikach weryfikacji zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (braku obowiązku przesłania informacji o wynikach tej czynności – art. 182 ust. 1 pkt 1-2 Pzp), zgodnie z art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Skoro zatem odwołujący, jak przyznaje, powziął wiadomość o tym, że Zamawiający udostępnił treść wyjaśnień Odwołującego dotyczących rażąco niskiej ceny już w terminie poprzedniej rozprawy przed KIO (sygn. akt KIO 1624/16), tj. w dniu 13 września 2016 r., to termin na zaskarżenie tej czynności upłynął już w dniu 23 września 2016 r. i odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp nie może być przedmiotem rozpoznania przed Izba.

W związku z zarzutem naruszenia przepisu art. 90 ust. 3 Pzp Wykonawca E podał, że jak wskazano w pierwszym orzeczeniu wydanym w toku Postępowania „W punkcie XII.3 SIWZ Zamawiający postanowił, że wykonawca powinien uwzględnić wszystkie koszty związane ze świadczeniem usług w tym:

- koszty osobowe i administracyjne (zatrudnienie personelu, prowadzenie dokumentacji, itp.),
- koszt ubezpieczeń, wzrostu płacy minimalnej, opodatkowania umów, itd. oraz inne niewyszczególnione wyżej koszty, które przewiduje ponieść Wykonawca w związku z realizacją zamówienia, jak również wszelkie inne składniki cenotwórcze, wynikające z zakresu zlecenia oraz obowiązujących przepisów prawa, w tym prawa lokalnego. Wykonawca powinien również uwzględnić ewentualne ryzyko, związane nieprzewidywanymi okolicznościami przy realizacji zamówienia, które mogą i powinny być brane pod uwagę przez profesjonalistę realizującego zamówienie.”.

Zdaniem zgłaszającego przystąpienie Odwołujący zdaje się nie dostrzegać, że o ile koszty pracownicze (rozumiane jako kwota przysługująca pracownikowi do wypłaty – w gotówce, na podany numer konta bankowego) nie podlegają opodatkowaniu podatkiem od wartości dodanej, to w przypadku wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny koszty te zostały wymienione jako jedna ze składowych ceny stanowiącej wynagrodzenie Odwołującego za usługę stanowiącą przedmiot zamówienia, obok pozostałych kosztów takich jak koszty zakupu materiałów koniecznych do wykonania usługi czy eksploatacji urządzeń. Usługa sprzątnia, będąca przedmiotem świadczenia Odwołującego, jest opodatkowana VAT w stawce 8% (gdy dotyczy powierzchni zewnętrznych, co wynika z art. 41 ust. 2 w zw. z art. 146a pkt 2 i w zw. z poz. 174 i 176 załącznika nr 3 do Ustawy) i 23% (gdy dotyczy powierzchni wewnętrznych, co wynika z tego, że usługi takie nie zostały wymienione w treści Ustawy, jak i przepisów wykonawczych do niej, jako czynności podlegające opodatkowaniu stawkami obniżonymi lub zwolnione od podatku, a zatem podlegają opodatkowaniu zasadniczą (podstawową) stawką VAT w wysokości 23%, zgodnie z art. 41 ust. 1 w zw. z art. 146a pkt 1 Ustawy).

Zdaniem Wykonawcy E Odwołujący zdaje się nie mieć tego świadomości, albo – co bardziej prawdopodobne – pozoruje brak takiej świadomości, posługując się sformułowaniem „brutto”, które odnosi raz do należności publicznoprawnych z tytułu zatrudnienia pracownika, a innym razem do podatku od towarów i usług VAT. Należy mieć bowiem na uwadze, że wyjaśnienia złożone przez Odwołującego miały dotyczyć elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, elementem tym zaś jest również VAT, którym objąć należy całą sprzedawaną usługę sprzątnia, w tym również zapewnienie pracowników do wykonywania tej usługi, co Odwołujący określa jako koszty pracy, czy koszty zatrudnienia pracownika.

Odwołujący wprost przyznaje, że w tym zakresie nie uwzględnił jako elementu cenowego należnego VAT, a pozostałe Odwołujący podał jako wartości brutto czyli już

z należnym podatkiem, co stanowi błąd w ustaleniu kosztów i obliczeniu ceny oferty. Usługa sprzątnia nie jest bowiem z podatku od towarów i usług zwolniona, a właśnie stawkę „zwolnioną” zastosował do tej części swojej oferty Odwołujący, tj. w zakresie sprzedaży tej części usługi, która dotyczy wartości kosztów zatrudnienia pracowników powiększonej o 10% zysk.

Powyższe w sposób istotny wpływa na wysokość zaoferowanej ceny, jak to wykazał Zamawiający w uzasadnieniu zawiadomienia o wyniku Postępowania z dnia 12 października 2016 r. W przypadku, gdyby Odwołujący w należyty sposób powiększył koszt oferowanej przez siebie usługi o VAT, to cena oferty uległaby podwyższeniu. Powyższe wynika z faktu, że w wyjaśnieniach z dnia 11 lipca 2016 r. Odwołujący podał wartość ponoszonych przez siebie wszystkich kosztów na poziomie 711.732,96 złotych „brutto”, tj. przy zastosowaniu częściowo 23%, a częściowo 8% stawki podatku od towarów i usług.

Opisując jednak wyżej wymienione koszty Odwołujący używał sformułowania „brutto” w różnym znaczeniu:

1. w przypadku kosztów pracowniczych rozumiał to sformułowanie jako koszty uwzględniające: ubezpieczenie emerytalne, ubezpieczenie rentowe, ubezpieczenie wypadkowe, Fundusz Pracy, Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych oraz pomniejszenie z tytułu pomocy publicznej – PFRON; były to zatem koszty brutto w stosunku do kwoty wynagrodzenia wypłacanego pracownikowi w kwocie „netto”, co pozostaje bez znaczenia dla wyjaśnienia czy zaoferowano rażąco niską cenę, albowiem ta rozpatrywana jest jako cena wytworzenia usługi powiększona o zysk i wartość VAT i sprzedania Zamawiającemu, co daje łącznie ofertową cenę brutto, którą Zamawiający obowiązany jest zapłacić za wykonanie usługi,
2. w przypadku pozostałych kosztów, takich jak zakup środków chemicznych, środków higienicznych, sprzątnia pokoi gościnnych, prania firan, odśnieżania, zamiatania, koszenia trawników, koszenia terenów zielonych, pozostałych kosztów, Odwołujący używał sformułowania: „brutto” w znaczeniu odnoszonym do stawki podatku od towarów i usług w odpowiedniej stawce 8% albo 23%.

W ocenie Wykonawcy E treść odwołania sugeruje, że Odwołujący jednak rozumie, że zarówno koszty osobowe (zatrudnienia personelu), jak i koszty materiałów (urządzeń, materiałów eksploatacyjnych) są takimi samymi „elementami cenotwórczymi”, czyli kosztami, które trzeba ponieść aby sprzedać usługę, a które należy dopiero powiększyć o zysk i zaoferować w cenie powiększonej jeszcze o podatek od towarów i usług.

Powyższe w sposób istotny wpływa na wysokość zaofertowanej ceny. Mając na uwadze fakt, iż Odwołujący ustalił cenę oferty w wysokości 781.162,06 zł brutto uznać należy – w świetle złożonych przez Odwołującego wyjaśnień – że nie jest możliwe przyjęcie, by Odwołujący wykazał możliwość wykonania przedmiotowego zamówienia za zaofertowaną cenę zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów (w tym przepisów podatkowych). Wyjaśnienia złożone przez Odwołującego – przez to, że ujawniają, że Odwołujący nie przewidział należnego opodatkowania oferowanych przez siebie usług – nie tylko nie potwierdzają, że podana przez Odwołującego cena nie jest rażąco niska, a wręcz potwierdzają, że Odwołujący przy opodatkowaniu swojej usługi zgodnie z obowiązującymi przepisami nie jest w stanie jej wykonać za cenę określoną w ofercie. Tym samym uznać należy, iż słusznie Zamawiający ocenił wyjaśnienia Odwołującego jako potwierdzające, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i zawierające błąd w obliczeniu ceny, a tym samym zastosował w sposób poprawny art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

Z powyższych względów słuszne jest również odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, tj. jako zawierającą błędy w obliczeniu ceny. Zdaniem Wykonawcy E jeżeli Zamawiający, opisując w SIWZ sposób obliczania ceny, nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki VAT, wówczas oferta zawierająca stawkę niezgodną z zobowiązującymi przepisami podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Wyjaśnienia Odwołującego w sposób dobitny wskazują na to, że założył on, że oferowana przez niego usługa sprzątnia co najmniej w części jest zwolniona z podatku, co stanowi stawkę niezgodną z obowiązującymi przepisami podatkowymi, a co w konsekwencji stanowi podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Wobec powyższego nie można również zgodzić się z Odwołującym, by Zamawiający wybierając ofertę Wykonawcy E naruszył art. 91 ust. 1 Pzp. Oferta ta stanowiła bowiem najkorzystniejszą ofertę niepodlegającą odrzuceniu.

Wykonawca E załączył do pisma procesowego kalkulację ceny oferty Odwołującego opartą o założenia przyjęte przez Odwołującego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, mającą potwierdzać nieprawidłowy sposób rozumowania obowiązku podatkowego obciążającego usługę stanowiącą przedmiot zamówienia.

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

Zamawiający wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści faktur VAT wystawionych przez Odwołującego w związku z realizacją na rzecz Zamawiającego usługi tożsamej z usługą objętą przedmiotem zamówienia, na okoliczność nieuprawnionego niedoliczenia podatku od kosztów ponoszonych przez Odwołującego w związku z zatrudnianiem pracowników dedykowanych realizacji zamówienia.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Wykonawcy E zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym Wykonawcy E, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba postanowiła dopuścić Wykonawcę E (dalej również „Przystępujący”) w charakterze przystępującego po stronie Zamawiającego stwierdzając, że spełnione zostały przesłanki, o których mowa w przepisie art. 185 ust. 2 Pzp.

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

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, oferty Odwołującego, wezwania do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty (pismo Zamawiającego z dnia 5 lipca 2016 r.) wraz z odpowiedzią – pismem Odwołującego z dnia 11 lipca 2016 r., zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, kalkulacji załączonej do pisma procesowego Przystępującego oraz dowodów w postaci faktur VAT przedstawionych przez Zamawiającego na rozprawie.

Na tej podstawie ustalono, że stan faktyczny nie był sporny pomiędzy stronami i nie wymaga odrębnego omówienia.

Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 Znk skład orzekający podziela zapatrywanie Zamawiającego i Przystępującego w kwestii przekroczenia terminu na jego podniesienie. Nie ulega bowiem wątpliwości, że Odwołujący posiadał wiedzę o fakcie ujawnienia Przystępującemu zastrzeżonych informacji zawartych w treści złożonych Zamawiającemu wyjaśnień z pewnością w dacie rozprawy, która miała miejsce w dniu 13 września 2016 r., w uprzednio prowadzonym postępowaniu odwoławczym (sygn. akt KIO 1624/16). W konsekwencji, biorąc pod uwagę przepis art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp, upływ terminu na wniesienie odwołania w tym zakresie miał miejsce z końcem dnia 23 września 2016 r. W konsekwencji omawiany zarzut odwołania pozostawić należało bez rozpoznania, bez konieczności merytorycznego odnoszenia się do argumentacji stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przepisów art. 90 ust. 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp, jakkolwiek samodzielną podstawą odrzucenia oferty Odwołującego stanowić powinien w istocie przepis art. 90 ust. 3 Pzp.

Odnosząc się do zasadniczej w omawianym aspekcie kwestii skład orzekający doszedł do przekonania, że stanowisko Odwołującego wynikało z niedostrzeżenia okoliczności, zgodnie z którą koszt wynagrodzenia pracowników realizujących czynności składające się na przedmiot zamówienia wyrażony powinien być kwotą brutto, tj. z uwzględnieniem właściwej stawki podatku od towarów i usług.

Izba zwraca uwagę, że zgodnie z przepisem art. 5 ust. 1 pkt 1 Ustawy opodatkowaniu podlega m.in. odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju w rozumieniu art. 8 Ustawy. Usługa będąca przedmiotem zamówienia została przez Zamawiającego szczegółowo opisana w SIWZ przez scharakteryzowanie czynności niezbędnych do jej wykonywania (załącznik nr 1 i 2), czemu towarzyszyło wskazanie, że wykonawca ma obowiązek uwzględnienia wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu zamówienia (*vide* pkt 12.3 SIWZ), a zatem, w uproszczeniu, z wykonywaniem czynności opisanych we wspomnianych załącznikach do SIWZ. Ponadto, z przepisu art. 15 ust. 1 Ustawy wynika, że podatnikiem jest m.in. osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą w rozumieniu ust. 2 tego przepisu, bez względu na cel lub rezultat takiej działalności.

W świetle powyższego nasuwają się dwa wnioski – po pierwsze – że Odwołujący należy do kategorii podatników, po drugie, że świadczy usługi podlegające, co do zasady, opodatkowaniu.

W konsekwencji można przyjąć, że zapatrywanie Odwołującego o braku konieczności uwzględnienia podatku od towarów i usług od kosztu jakim są wynagrodzenia pracowników realizujących usługę stanowiącą przedmiot zamówienia opiera się na nieporozumieniu. Odwołujący błędnie założył, że koszty jakie w związku z zatrudnieniem pracowników ponosi jako pracodawca (wynagrodzenie z narzutami w postaci różnego rodzaju składek) wyczerpują koszty osobowe związane ze świadczeniem usługi stanowiącej przedmiot zamówienia, w skład której wchodzi również wynagrodzenie należne jego pracownikom. Skład orzekający nie kwestionuje przedstawionych przez Odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 11 lipca 2016 r. i w odwołaniu wyliczeń dotyczących wysokości przewidzianych dla jego pracowników wynagrodzeń, ani wyliczeń kosztów obciążających pracodawcę, wyjaśnia jednak, że wbrew zapatrywaniom Odwołującego, nie są to kwoty brutto w kontekście ceny za usługę, której wykonanie zaoferował Zamawiającemu składając ofertę w Postępowaniu.

Analiza złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, w których przedstawił kalkulację ceny oferty w rozbiciu na koszty osobowe (wynagrodzenia pracowników) i pozostałe, dotyczące ogólnie zakupu wyposażenia i pracy sprzętu, uprawnia wniosek, że Odwołujący posługuje się pojęciem „kwoty brutto” w dwóch różnych znaczeniach, w zależności od kategorii kosztów – po pierwsze – w przypadku kosztów osobowych, jako kwoty wynagrodzenia pracownika powiększonego o wspomniane powyżej daniny, bez uwzględnienia VAT, po drugie – w odniesieniu do pozostałych kosztów, jako kwoty z uwzględnieniem podatku od towarów i usług. Odwołujący nie zastosował się zatem do przewidzianego w postanowieniach SIWZ opisu sposobu obliczenia ceny oferty, który przewidywał m.in. obowiązek uwzględnienia kosztów osobowych (zatrudnienia personelu) i kosztów opodatkowania umów (pkt 12.3 tiret ósme i dziewiąte SIWZ).

Powyższe potwierdza zasadność stanowiska Zamawiającego wyrażonego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, że w zakresie kosztów osobowych nieuwzględnienie VAT spowodowało niedoszacowanie ceny oferty o kwotę przekraczającą wysokość deklarowanego na poziomie 10% zysku z realizacji zamówienia, abstrahując w tym miejscu od okoliczności, że na rozprawie Odwołujący zaprzeczył złożonej w wyjaśnieniach deklaracji odnośnie wysokości tego składnika ceny, podważając tym samym wiarygodność przedstawionych Zamawiającemu kalkulacji.

Skład orzekający uznał, że zaprzeczeniem argumentacji Odwołującego odnośnie braku obowiązku opodatkowania VAT kosztów osobowych była treść wystawianych Zamawiającemu faktur za realizację tożsamyh usług które zostały złożone na rozprawie. Wynika z nich, że opodatkowana jest usługa jako całość, a zatem także w części dotyczącej kosztów osobowych, a nie jej poszczególne elementy.

Izba nie podziela natomiast zapatrywań Zamawiającego odnośnie nieprawidłowości wyjaśnień Odwołującego w zakresie pozostałych pozycji kosztowych. Jakkolwiek Odwołujący w odniesieniu do poszczególnych rodzajów kosztów (innych niż osobowe) nie wskazywał, czy są to kwoty brutto, tym niemniej zarówno w zakresie kosztów całkowitych realizacji usługi na powierzchniach zewnętrznych, jak również zewnętrznych i zielonych oraz całkowitych kosztów wskazał, że są to kwoty brutto. W tej kwestii Zamawiający – poza sformułowaniem przypuszczenia o istnieniu błędu w tej części kalkulacji ceny oferty Odwołującego (opartego na stwierdzonym błędzie w kalkulacji kosztów osobowych) – nie przedstawił wiarygodnej argumentacji na poparcie tego wniosku. O ile bowiem stwierdzenie nieuwzględnienia podatku od towarów i usług możliwe było na podstawie treści wyjaśnień (Odwołujący wskazał w nich kwotę odpowiadającą minimalnemu wynagrodzeniu za pracę z narzutami), o tyle wniosku takiego nie sposób było wyciągnąć w odniesieniu do

pozostałych kosztów. Zdaniem Izby nieprawidłowość kalkulacji ceny oferty Odwołującego wynika jedynie ze zsumowania tych kosztów (uwzględniających VAT) z kosztami osobowymi (nieuwzględniających VAT) i, po uwzględnieniu zysku, określenia tak wyliczonej ceny mianem „brutto”. Powyższe nie wpływa jednak negatywnie na ocenę prawidłowości decyzji Zamawiającego.

Odnosząc się wreszcie do wspomnianego wcześniej zysku z realizacji zamówienia Izba stwierdziła, że Odwołujący zawarł w wyjaśnieniach deklarację, że osiągnie go na poziomie 10%. Jak wskazano powyżej przedstawiona przez Odwołującego na rozprawie argumentacja, zgodnie z którą nie jest w istocie wiadome na jakim poziomie wskaźnik ten miałby zostać przez niego osiągnięty, podważa wiarygodność wcześniejszych pisemnych wyjaśnień i zawartych w nich obliczeń. Przypomnieć należy, że brak zysku z realizacji zamówienia stanowi jeden z aspektów rzutujących na ocenę oferty w płaszczyźnie rażąco niskiej ceny. W przedmiotowej sprawie Odwołujący nie doszacował ceny oferty o kwotę podatku od towarów i usług od kosztów osobowych składających się na realizację usługi i nie przedstawił argumentów uprawniających stwierdzenie, że pomimo wystąpienia tej okoliczności będzie w stanie należycie zrealizować zamówienie i osiągnąć z tego tytułu zysk.

W powyższych okolicznościach Izba uznała, że oferta Odwołującego zawiera również błąd w obliczeniu ceny, wobec czego Zamawiający prawidłowo przywołał w podstawach odrzucenia oferty Odwołującego przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Odwołujący kalkulując cenę oferty przyjął bowiem nieprawidłowe założenia dotyczące ujętych w niej kosztów osobowych.

Reasumując, skład orzekający nie stwierdził naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w *petitum* odwołania, wobec czego orzekł, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i 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).

Przewodniczący: