

WYROK

z 10 czerwca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie 7 czerwca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 23 maja 2022 r. przez wykonawcę S&A Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Polskie Koleje Państwowe S.A. z siedzibą w Warszawie przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, SMGL 1 Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, SMGL 2 Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, SMGL 5 Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, SMGL 7 Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu w Zadaniu nr 29 postępowania:

1.1 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

1.2 odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

zamówienia: Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, SMGL 1 Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, SMGL 2 Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, SMGL 5

Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, SMGL 7 Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu,

1.3 przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Polskie Koleje Państwowe S.A. z siedzibą w Warszawie i:

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

tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15 614 zł 32 gr (słownie: piętnaście tysięcy sześćset czternaście złotych trzydzieści dwa grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów dojazdu pełnomocnika na rozprawę.

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

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1372/22

Polskie Koleje Państwowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2021 poz. 1129, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie kompleksowej usługi utrzymania czystości w budynkach niedworcowych oraz na terenach zewnętrznych”, numer referencyjny: KFZ/2022/WNP-013245.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 11 lutego 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem Ogłoszenie nr 2022/S 030-077935.

23 maja 2022 r. wykonawca S&A Service sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego w części postępowania oznaczonej jako Zadanie 29, zarzucając mu naruszenie:

1. art. 16 Pzp, przez zaniechanie obowiązku przygotowania i prowadzenia

postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji, a także art. 17 ust. 2, w zw. z art. 117 ust. 3. w zw. z art. 116 ust. 2 Pzp w zakresie oceny zdolności technicznej i zawodowej oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez nieodrzućcenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe

Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, SMGL 1 Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, SMGL 2 Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, SMGL 5 Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, SMGL 7 Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (dalej: Przystępujący), której treść była niezgodna z warunkami zamówienia i z art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp, a w konsekwencji art. 239 ust. 1 pzp w zw. z art. 240 ust. 2 Pzp oraz z art. 16 Pzp przez przyznanie ofercie Przystępującemu maksymalnej liczby punktów, w sytuacji gdy konsorcjum nie spełniło warunków zamówienia;

2. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego mimo, że zawierała ona rażąco niską cenę oraz przez nieprawidłową ocenę wyjaśnień prowadzącą do uznania, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie była rażąco niska;

3. art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp na podstawie którego zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę, jeżeli jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w zw. z art. 16 Pzp, a także art. 58 ust. 5 Pzp, art. 17 ust. 2 Pzp, w konsekwencji art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 240 ust. 2 Pzp oraz art. 16 Pzp przez przyznanie Przystępującemu maksymalnej liczby punktów w ramach kryterium oceny ofert „kryterium cenowe”, w sytuacji gdy zaproponowana cena konsorcjum była wynikiem nadużycia prawa.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 29;
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu;
3. odrzucenia oferty Przystępującemu w zakresie zadania nr 29;
4. ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych, niepodlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał m. in.:

Zgodnie z art. 117 ust. 4 Pzp każdy z członków konsorcjum musi spełniać warunki udziału w postępowaniu w takim zakresie, w jakim następnie będzie realizował zamówienie. Wynika to wprost z art. 117 ust. 2 i 3 Pzp. Obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia i jest niezgodna z przepisami ustawy wynika wprost z art. 226 ust. 1 pkt 3 oraz pkt 4 Pzp.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, o którym mowa w art. 126 ust. 1 Pzp, Przystępujący przedstawił m.in. załącznik nr 4 stanowiący wykaz usług. Początkowo Zamawiający zweryfikował przedstawione przez wykonawcę dokumenty pozytywnie i wybrał jego ofertę jako najkorzystniejszą. Podczas ponownej weryfikacji jego oferty, Zamawiający uznał, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wybór najkorzystniejszej oferty został więc unieważniony, a do Przystępującego wystosowane wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 Pzp - Zamawiający wezwał do uzupełnienia wykazu usług zgodnie z postanowieniami SWZ wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie z 11 maja 2022 r. przedstawił nowy wykaz usług (załącznik nr 4 do SWZ) wraz z dwoma dowodami (referencja + poświadczenie), który uwzględniał dwie „nowe” usługi potwierdzające spełnianie warunku udziału przez dwóch z sześciu konsorcjantów tj. Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. oraz Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe Sp. z o.o. oraz usługę realizowaną przez SMGL 5

Sp. z o.o. oraz SMGL 7 Sp. z o.o. w zakresie utrzymania powierzchni wewnętrznej (jako członkowie konsorcjum firm: MEGATHERM Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe ANN-POL A. Ś., Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe Sp. z o.o., SMGL 3 Sp. z o.o., SMGL 5 Sp. z o.o., SMGL 6 Sp. z o.o., SMGL 7 Sp. z o.o. realizującego umowę KIZ02.022.BN.37311.20196.

Przystępujący nie przedstawił dowodów na okoliczność należytej realizacji wskazanej usługi w zakresie utrzymania powierzchni wewnętrznych przez członków konsorcjum SMGL 5 Sp. z o.o. oraz SMGL 7 Sp. z o.o. Konsorcjum nie złożyło oświadczenia, w którym wskazałoby jaki podmiotowy środek dowodowy był w posiadaniu Zamawiającego, a który potwierdził należyte wykonanie umowy nr KIZ02.022.BN.37311.2019, co byłoby spełnieniem warunku udziału w postępowaniu w takim zakresie, w jakim następnie członkowie konsorcjum SMGL 5 oraz SMGL 7 mieli realizować usługę.

Przystępujący nie wskazał dowodu ani w pierwotnej wersji wykazu usług, ani w tej przedstawionej na wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 Pzp mimo wyraźnego zobowiązania Zasadą wynikającą z art. 117 ust. 3 Pzp jest, że doświadczenie poszczególnych wykonawców nie jest przekazywane pomiędzy nimi w ramach konsorcjum, a wymaganym doświadczeniem powinien legitymować się ten z konsorcjantów, który będzie realizował usługi, do których wykonania to doświadczenie jest potrzebne. Do oferty Przystępujący załączył oświadczenie zgodnie z art. 117 ust. 4 Pzp, z którego wynikało, że SMGL 1 Sp. z o.o., SMGL 2 Sp. z o.o., SMGL 5 Sp. z o.o. oraz SMGL 7 Sp. z o.o. świadczyć będą usługi utrzymania czystości

w budynkach niedworcowych w pełnym zakresie czynności objętych przedmiotem zamówienia.

Dodatkowo na wezwanie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp, Przystępujący złożył pismo w którym wskazał: „Wykonawcy występujący wspólnie w oświadczeniu z art. 117 zamieszczonego w ofercie wskazali bowiem, że podmioty SMGL 1 Sp. z o.o. , SMGL 2 Sp. z o.o. , SMGL 5 Sp. z o.o. , SMGL 7 Sp. z o.o. wykonywać będą wyłącznie usługi w budynkach niedworcowych, z wyłączeniem powierzchni zewnętrznych, co dowodzi, że prawidłowo wyłącznie w tej pozycji stawka VAT nie została zastosowana z uwagi na podmiotowe zwolnienie z jego stosowania przez SMGL 1 Sp. z o.o. , SMGL 2 Sp.

z o.o. , SMGL 5 Sp. z o.o. , SMGL 7 Sp. z o.o.”.

Umowa konsorcjum zawarta między jego członkami, którymi m.in. są firmy zwolnione z podatku VAT oraz firmy nie korzystające ze zwolnienia z podatku VAT, swoimi postanowieniami precyzyjnie określała szczegółowy podział prac dla każdego z członków konsorcjum. W tym przypadku, usługi określone w wierszu nr 8 tj. budynki biurowe, tereny przyległe, Wrocław, 50-525, ul. Joannitów 13, BIURO - według postanowień załącznika nr 1 do umowy konsorcjum, będą wykonywane przez podmioty zwolnione z opłacania podatku

VAT na podstawie art. 113 ustawy o VAT.

Brak VAT dla pozycji nr 8 wskazywał, że członkowie konsorcjum - Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. oraz Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe Sp. z o.o. nie będą świadczyć usługi w zakresie utrzymania powierzchni wewnętrznych przy ul. Joannitów 13, BIURO. Wartość usługi przewidzianej do realizacji przez SMGL 1 Sp. z o.o. , SMGL 2 Sp. z o.o. , SMGL 5 Sp. z o.o. , SMGL 7 Sp. z o.o. w ramach pozycji nr 8 wynosiła 50 315,13 zł netto miesięcznie. Pozostała wartość utrzymania powierzchni wewnętrznej, w której udział mogli mieć członkowie konsorcjum Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. oraz Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe Sp. z o.o. z uwagi na zastosowanie podatku VAT, wynosiła 1 508,12 zł netto miesięcznie.

W przypadku polegania przez członków konsorcjum na doświadczeniu członka takiego konsorcjum, liczy się rola, jaką ten członek odegra w realizacji zamówienia. Wymagane zdolności powinien posiadać co najmniej ten z konsorcjantów, który w ramach przyjętego wewnętrznie podziału zadań, wyznaczony zostanie do realizowania danej części zamówienia, z którą wiąże się obowiązek posiadania konkretnych uprawnień, doświadczenia, kwalifikacji lub wykształcenia.

Pismem z 22 marca 2022 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień, w tym również do złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w tym:

1. zgodności z przepisami dotyczącymi 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 10 października 2002 r.

o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

2. zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

3. kosztów realizacji usługi wynikających z wymagań określonych w OPZ oraz wzorze Umowy, w szczególności kosztów:

- 1) niezbędnych dla należytej realizacji zamówienia środków czystości, higienicznych i chemicznych;
- 2) worków na śmieci;
- 3) sprzętu niezbędnego do realizacji usługi (koszt miał zawierać amortyzację, koszty ponoszone z tytułu napraw, wymiany elementów eksploatacyjnych i serwisowania);
- 4) paliwa;
- 5) innych usług (np. mycie alpinistyczne).
- 6) kosztów wynikających z wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania Umowy

zgodnie z postanowieniami § 14 wzoru Umowy wraz ze wskazaniem przyjętych założeń i wynikających z nich kwot;

7) kosztów wynikających z posiadania przez cały okres realizacji Umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia z sumą zgodnie z postanowieniami rozdziału XXII SWZ oraz wraz ze wskazaniem przyjętych założeń i wynikających z nich kwot.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Przystępujący nie obalił domniemania, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w zadaniu nr 29. Zamawiający zastrzegł, że w trakcie trwania Umowy, w zależności od jego potrzeb, ma możliwość skorzystania z „Prawa Opcji”, polegającego na zwiększeniu zakresu zamówienia i odpowiednio wynagrodzenia. Postanowienia dotyczące prawa opcji zostały określone we Wzorze umowy. Prawo opcji może zatem nie zostać wykorzystane, dlatego też wyjaśnienie rażąco niskiej ceny winno wykazać możliwość realizacji usługi podstawowej, przy uwzględnieniu wszystkich kosztów realizacji usługi. W przypadku wynagrodzenia, którego ostateczna wysokość jest uzależniona

od potrzeb zamawiającego, zasadne było wykazanie kosztorysu usługi podstawowej, bo to one decydowało o realności ceny realizacji zamówienia.

Przedstawione przez Przystępującego wyjaśnienia nie udowodniły możliwości realizacji usługi podstawowej, w przypadku braku potrzeby Zamawiającego do skorzystania z prawa opcji. Wartość miesięcznej usługi netto zaproponowanej przez Przystępującego wynosiła 71 132,81 zł, natomiast koszty łączne wynikające z załącznika do wyjaśnień rażąco niskiej ceny wynosiły 74 720,00zł.

Przystępujący w wyjaśnieniach zawarł uwagę: „w przypadku niepełnego zlecenia wynikającego z prawa opcji, koszty realizacji usługi automatycznie proporcjonalnie pomniejszą się o kwotę przeznaczoną na grupę interwencyjną”. Trudno z niej wywieść, co Przystępujący rozumiał przez „proporcjonalność”. W zestawieniu kosztów wykonania umowy Przystępujący określił grupę interwencyjną również jako ekipę mobilną wspomagającą pracowników stacjonarnych - czyli świadczącą usługę na potrzeby zamówienia podstawowego.

W zakresie kosztów zatrudnienia Przystępujący oświadczył jedynie w sposób bardzo ogólny, że osoby zatrudnione do realizacji usługi są zatrudnione na podstawie umowy o pracę z zachowaniem i poszanowaniem przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i przepisów powiązanych. Wbrew twierdzeniu Przystępującego, powyższe nie wynikało z załączonej do wyjaśnień kalkulacji.

Wyjaśnienia nie zostały ponadto poparte dowodami. Przystępujący wskazał w kalkulacji „Koszty osobowe pracowników” w kwocie 46 500,00 zł i wyjaśnił, że wartość ta zawierała niezbędne koszty tj. pełne koszty zatrudnienia na podstawie umowy o pracę/cywilnoprawne obejmujące: płace bezpośrednie, koszty związane ze składkami na ZUS, ubezpieczenie emerytalne, ubezpieczenie rentowe, ubezpieczenie chorobowe, zdrowotne, składka na fundusz pracy, składka na FGŚP, PPK, zaliczka na PIT, również ew. godziny nadliczbowe, praca w dni wolne oraz praca w godzinach nocnych.

Powyższe w żaden sposób nie udowodniło jednak, że kwota 46 500,00 zł rzeczywiście uwzględniała powyższe koszty i czy zostały one wyliczone we właściwej wysokości. Zamawiający nie mógł stwierdzić, bez wiedzy chociażby o przewidywanej wielkości i rodzaju zatrudnienia przez Przystępującego, czy nie doszło do niedoszacowania kosztów pracy. Przystępujący nie wskazał jaki był planowany wymiar pracy, co dałoby podstawę do oceny kalkulacji kosztów osobowych pracowników.

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu złożyli oferty w zakresie usługi podstawowej oraz opcji. Formularze ofertowe zawierały stawkę za 1 mkw utrzymania powierzchni wewnętrznej, stawkę za 1 mkw utrzymania powierzchni zewnętrznej oraz stawkę za 1 mkw powierzchni nieutwardzonej zewnętrznej/zielonej. Stawki te stanowiły podstawę do wyliczenia wartości całego zamówienia brutto. Na zasadach ogólnych usługa dotycząca utrzymania powierzchni wewnętrznej winna być opodatkowana 23% VAT, natomiast usługa dotycząca powierzchni zewnętrznej winna być opodatkowana 8% VAT. Właściwy VAT zastosowali wszyscy oferenci poza Przystępującym, który oświadczył, że czterech z sześciu konsorcjantów to podmioty korzystające ze zwolnienia, o którym mowa w art. 113 ustawy VAT. Dlatego Przystępujący w formularzu cenowym dla Zadania nr 29 w wierszu nr 8 „budynki biurowe, tereny przyległe, Wrocław, 50-525, ul. Joannitów 13, BIURO” zmodyfikował formuły dotyczące stawki podatku VAT i nie uwzględnił tego podatku. W pozostałym zakresie przyjął właściwy VAT, bowiem zgodnie z oświadczeniem dotyczącym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia na podstawie art. 117 ust. 4 Pzp, tą część zamówienia mieli realizować członkowie konsorcjum - Przedsiębiorstwie Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. oraz Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe Sp. z o.o., którzy byli czynnymi podatnikami VAT. W ocenie Odwołującego doszło w efekcie do czyny nieuczciwej konkurencji polegającego na stworzeniu konsorcjum, kilku powiązanych kapitałowo podmiotów, z których prawie każdy był zwolniony z podatku VAT (i istniał tylko po to, żeby wystawić faktury o wartości do 200 000 zł rocznie), co umożliwiło złożenie oferty tańszej niż wykonawcy, którzy uwzględnili VAT w cenie oferty. Oferta złożona przez Przystępującego na zadanie 29 w zakresie zwolnionym z VAT, kilkakrotnie przekraczała swoją wartością próg 200 000,00 zł - opiewała na kwotę

603 781,56 zł rocznie.

Przystępujący nie potwierdził doświadczenia spółek SMGL 1, SMGL 2, SMGL 5 oraz SMGL 7 zakresie realizacji prac sprzątnia powierzchni budynków, natomiast doświadczeniem w tej kwestii wykazali się pozostali dwaj członkowie - płatnicy VAT. Trudno więc było uznać, że realizacja przedmiotu zamówienia przekraczałaby możliwości wykonania go przez Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. oraz Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe Sp. z o.o.

Wprowadzenie do konsorcjum spółek SMGL 1, SMGL 2, SMGL 5 oraz SMGL 7 miało tylko jeden cel - zastosowanie podmiotowego zwolnienia z VAT przez członków konsorcjum do momentu całkowitej realizacji zadania. Celem utworzenia konsorcjum Przystępującego było osiągnięcie zwolnienia z podatku VAT, podczas gdy inne podmioty na rynku tego nie robią, bo sprzeciwiałoby się to zasadzie uczciwego prowadzenia przedsiębiorstw. Dlatego zdaniem Odwołującego działanie Przystępującego należało ocenić jako nakierowane na osiągnięcie konkretnych korzyści kosztem konkurencji.

Działanie Przystępującego było celowe i rozmyślne, a miało na celu uzyskanie zamówienia, przy pomocy sztucznej struktury prawnej, dążąc do maksymalizacji zysku kosztem ograniczenia konkurencji przez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku oraz w sposób spreczny z dobrymi obyczajami (tzw. uczciwość kupiecka).

Wykorzystywanie przez niektórych wykonawców zwolnień podmiotowych z VAT w wyniku tworzenia „sztucznych struktur prawnych” utrudnia lub nawet uniemożliwia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, co jest wykorzystywane dodatkowo do zdecydowanego zwiększenia zysku. Powyższe wypełnia przesłanki art. 15 ust. 1 pkt 5 Uznk, gdyż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez działanie mające na celu wymuszenie na zamawiającym wyboru wykonawcy.

Oferty składane przez konsorcja zwolnione z podatku VAT stanowią ponadto zakazane porozumienie na podstawie art. 6 ust. 1 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: Uokik), a tym samym czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 15 ust. 1 pkt 5 Uznk lub alternatywnie art. 3 ust. 1 tej ustawy. Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 6 i 7 Uokik zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie

lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na: ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem, jak też uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny. Zawarcie zakazanego porozumienia stanowi delikt administracyjny prawa ochrony konkurencji. Na gruncie zaś relacji cywilnoprawnych ustawa stanowi, że zakazane porozumienia są nieważne. Zawiązanie konsorcjum, co do zasady, powinno zostać uznane za formę współpracy, która mieści

się w zakresie „porozumienia” na potrzeby stosowania przepisu art. 6 Uokik.

3 czerwca 2022 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał m. in.:

Zamawiający po weryfikacji ofert uznał, że oferta złożona przez Przystępującego była zgodna z Pzp i warunkami zamówienia. Zgodnie z wyjaśnieniami Przystępującego w realizację zamówienia w lokalizacji wskazanej w 8 wierszu Formularza cenowego miały być zaangażowane podmioty korzystające ze zwolnienia z VAT tj. SMGL 1 Sp. z o.o., SMGL 2 Sp. z o.o., SMGL 5 Sp. z o.o.

lub SMGL 7 Sp. z o.o.

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie 28 z 22 lutego 2022 r. dopuszczalne było, żeby każdy członek konsorcjum wystawiał odrębne faktury/rachunki za wykonywaną przez siebie część zakontraktowanej usługi.

Twierdzenia Odwołującego były sprzeczne z ideą konsorcjum. Uprawnienie do ubiegania się wspólnie o udzielenie zamówienia przez kilku wykonawców wynika bezpośrednio z art. 58

Pzp. W świetle art. 58 ust. 5 Pzp, Zamawiający ma obowiązek traktowania wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia na równi z wykonawcami występującymi samodzielnie.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający ocenił doświadczenie zawodowe całego konsorcjum Przystępującego, a nie poszczególnych jego członków.

Warunek określony w Rozdziale IX ust. 2 pkt 4 lit. h SWZ dotyczył całego zamówienia, a nie jego części określonej w pozycji nr 8 formularza cenowego. Zatem, wymaganie żeby poszczególni członkowie mający być zaangażowani jedynie w realizację 1 z 21 lokalizacji posiadali doświadczenie jakie się wymaga do realizacji całego zadania nr 29 byłoby sprzeczne z przepisami Pzp.

Wobec zaistnienia przesłanki z art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, Przystępujący został wezwany 22 marca 2022 r. do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny oferty. Przystępujący sprostował nałożonemu przez ustawę obowiązkowi wykazania, że jego oferta jest rentowna. W świetle jego wyjaśnień, członkowie konsorcjum korzystają ze zwolnienia z podatku VAT, co miało istotny wpływ na cenę. Przystępujący załączył do wyjaśnień szczegółową kalkulację ceny gdzie wykazał, że osiągnie zysk, wniosek o wypłatę miesięcznego dofinansowania, zdjęcia sprzętu i soli, faktury zakupu amortyzowanego sprzętu, maszyn i pojazdów (10 szt.), dowód rejestracyjny amortyzowanego pojazdu, poświadczenie należytego wykonania usługi członków konsorcjum i oświadczenie hurtowni o rabatach.

Wbrew stanowisku Odwołującego, oferta Przystępującego nie została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem Zamawiającego nie doszło do kumulatywnego wypełnienia przesłanek z art. 3 ust. 1 Uznk, tj.:

1. działania podjętego w związku z działalnością gospodarczą;
2. działania to wskazującego na sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami;
3. zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta.

Działanie Przystępującego polegające na korzystaniu ze zwolnienia z podatku od towarów i usług na podstawie art. 113 ustawy o VAT nie było sprzeczne z prawem ani dobrymi obyczajami. Odwołujący nie udowodnił, że konsorcjum Przystępującego zostało zawiązane jedynie w celu złożenia oferty bez podatku VAT. Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko poprzestał na tym, że wprowadzono do konsorcjum nowe spółki tj. SMGL 1 Sp. z o.o. oraz SMGL 2 Sp. z o.o. Nie było jednak rolą Zamawiającego ustalanie składu konsorcjum wykonawców.

Zwolnienie z VAT dotyczyło tylko części pozycji nr 8 formularza cenowego. Zatem twierdzenia Odwołującego o tym, że konsorcjum zostało zawiązane jedynie w celu uniknięcia opodatkowania podatkiem VAT nie korespondowało z rzeczywistością. Zamawiający przyjął za wiarygodne wyjaśnienia Przystępującego, który wskazał, że umowa konsorcjum zawarta między członkami konsorcjum, którymi m.in. są firmy zwolnione z podatku VAT oraz firmy nie korzystające ze zwolnienia z podatku VAT, swoimi postanowieniami precyzyjnie określa szczegółowy podział prac dla każdego z członków konsorcjum. Zamawiający nie ma prawa ingerować w treść umowy konsorcjum. W świetle obowiązujących przepisów podatkowych to członkowie konsorcjum są odrębnymi podatnikami, a nie konsorcjum, do którego nie odnosi się żadna regulacja prawa podatkowego. Każdy członek konsorcjum jest uprawniony do wystawiania faktury czy rachunku za zrealizowaną przez siebie usługę.

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania, ze szczególnym SWZ wraz z załącznikami, oferty Przystępującego oraz dowodów wskazanych przez Stronę. Izba przeprowadziła również dowód z dokumentów złożonych przez Odwołującego w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron.

Izba ustaliła, co następuje:

Zarzut nr 1

Zgodnie z Rozdziałem IX ust. 2 pkt 4 lit. h SWZ o udzielenie zamówienia w ramach Zadania nr 29 ubiegać mogli się wykonawcy spełniający następujący warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

„Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał lub wykonuje:

- co najmniej jedną usługę sprzątania obiektów użyteczności publicznej oraz terenów przyległych do obiektów użyteczności publicznej - o wartości zrealizowanej usługi nie mniejszej niż 850 000,00 zł brutto

lub

- co najmniej jedną usługę polegającą na sprzątaniu obiektów użyteczności publicznej - o wartości zrealizowanej usługi nie mniejszej niż 500 000,00 zł brutto

i

- co najmniej jedną usługę polegającą na sprzątaniu terenów przyległych do obiektów użyteczności publicznej - o wartości zrealizowanej usługi nie mniejszej niż 350 000,00 zł brutto.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 1 kwietnia 2022 r. do złożenia dokumentów podmiotowych Przystępujący złożył m. in. wykaz usług, w którym zawarł następujące informacje:

1. Spółka DPU - Utrzymanie czystości w budynkach niedworcowych oraz na terenach do nich przyległych zarządzanych przez PKP S.A. Oddział Gospodarowania Nieruchomościami we Wrocławiu. Przystępujący oświadczył, że Zamawiający jest w posiadaniu środków dowodowych i są one aktualne i ważne (umowa KIZ02.022.BN.37309.2019). Wartość wykazanej usługi wyniosła 276 917,13 zł. Przystępujący wskazał, że została ona zrealizowana na rzecz Zamawiającego.

2. SMGL (bez wskazania, której ze spółek o tej nazwie wchodzących w skład

konsorcjum dotyczyła informacja) - Utrzymanie czystości w budynkach niedworcowych przez PKP S.A. Oddział Gospodarowania Nieruchomościami we Wrocławiu. Przystępujący oświadczył, że Zamawiający jest w posiadaniu środków dowodowych i są one aktualne i ważne (umowa KIZ02.022.BN.37311.2019). Wartość wykazanej usługi wyniosła

869 090,00 zł. Przystępujący wskazał, że została ona zrealizowana na rzecz Zamawiającego.

3. Wpis o treści: „DPU PUW Utrzymanie czystości na obiektach zarządzanych przez

PKP PLK we Wrocławiu 61/207/0017/20/Z/O". Wartość wykazanej usługi określona została jako: „472 279,50 wewnętrzne, 130 353,70 zewnętrzne”. Przystępujący wskazał,

że została ona zrealizowana na rzecz Zamawiającego.

Do wykazu Przystępujący załączył m. in. referencje potwierdzające należyte realizowanie przez spółkę Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych umowy nr 61/207/0017/20/Z/O.

14 kwietnia 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszych ofert w postępowaniu, w tym w zakresie Zadania nr 29. W tej części wybrana została oferta Przystępującego. Przeciwno tej czynności 25 kwietnia 2022 r. Odwołujący złożył odwołanie i wniósł m. in. o unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty.

9 maja 2022 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty w Zadaniu nr 29, co skutkowało umorzeniem postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1155/22 na podstawie art. 568 ust. 2 Pzp.

9 maja 2022 r. Zamawiający skierował na podst. art. 128 ust. 1 Pzp do Przystępującego wezwanie do uzupełnienia dokumentów w ramach Zadania nr 29. W treści wezwania Zamawiający wskazał m. in.:

„Zamawiający dokonał weryfikacji dokumentów stwierdzając, iż

- wartość zrealizowanej usługi wskazanej w pozycji nr 1 jest mniejsza niż wskazana w warunku udziału w postępowaniu;
- wskazana w pozycji nr 2 wykazu usługa - Członkowie Konsorcjum biorący udział w przedmiotowym postępowaniu nie wykonywali sprzątnia terenu przyległego do obiektów użyteczności publicznej;
- wartość zrealizowanej usługi wskazanej w pozycji nr 3 jest mniejsza niż wskazana w warunku udziału w postępowaniu (...).

Zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wzywa do uzupełnienia wykazu usług o:

- co najmniej jedną usługę sprzątnia obiektów użyteczności publicznej oraz terenów przyległych do obiektów użyteczności publicznej - o wartości zrealizowanej usługi nie mniejszej niż 850 000,00 zł brutto
- lub
- co najmniej jedną usługę polegającą na sprzątniu terenów przyległych do obiektów użyteczności publicznej - o wartości zrealizowanej usługi nie mniejszej niż 350 000,00 zł brutto.

zgodnie z zapisami SWZ wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie”.

W odpowiedzi Przystępujący złożył nowy wykaz usług, w którym skład konsorcjum określony został jako spółki: Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o., Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe Sp. z o.o., SMGL 5 Sp. z o.o. i SMGL 7 Sp. z o.o.

W treści wykazu zawarte zostały następujące informacje o zrealizowanych przez ww. wykonawców zadaniach:

1. „Świadczenie kompleksowej usługi utrzymania czystości w budynkach niedworcowych oraz na terenach do nich przyległych zarządzanych przez PKP S.A. (pokoje biurowe, sale konferencyjne, sanitarne, socjalne, klatki schodowe, korytarze, pralnie, suszarnie, strychy, ciągi w piwnicach, windy, chodniki, drogi dojazdowe, place, parkingi). - Zadanie 25 Wrocław. Umowa KIZ02.022.BN.34678.2017”.

Wartość zamówienia wyniosła 1 602 141,60 zł.

2. „Świadczenie usług utrzymania czystości w wybranych lokalizacjach zarządzanych przez PKP S.A. Zadanie 22-Wrocław. Świadczenie usług utrzymania czystości

na stacjach i przystankach kolejowych, budynkach dworców kolejowych, peronach i drogach dojazdu do nich, torach i międzytorzach oraz innej infrastruktury służącej do obsługi podróży, zarządzanych przez PKP S.A. Umowa KNE03.022. US.10025.2018”.

Wartość zamówienia wyniosła 3 161 253,22 zł.

3. „SMGL 5 Sp. z o.o., SMGL 7 Sp. z o.o.

Utrzymanie czystości w budynkach niedworcowych przez PKP S.A. Oddział Gospodarowania Nieruchomościami we Wrocławiu.

Oświadczamy, że zamawiający jest w posiadaniu środków dowodowych, i są one aktualne i ważne (umowa KIZ02.022.BN.37311.2019)”

Wartość zamówienia wyniosła 869 090,00 zł.

Wraz z wykazem Przystępujący złożył referencje potwierdzające należytą realizację zadań wskazanych w punktach 1 i 2, przy czym z ich treści jednoznacznie wynikało, że usługi nie były realizowane przez wszystkich członków konsorcjum wymienionych w uzupełnionym wykazie usług, a jedynie przez Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o., Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe Sp. z o.o.

13 maja 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej w Zadaniu nr 29 oferty Przystępującego.

W ocenie Izby zarzut nr 1 odwołania potwierdził się. Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny wskazać należy, że te z podmiotów, które w sposób niewątpliwy wykazały spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie są tymi, które miały realizować zasadniczą część przedmiotu zamówienia. Łączna powierzchnia wewnętrzna obiektów objętych umową wynosi 14 387,79 m², w tym powierzchnia wskazana w punkcie 8 formularza ofertowego, tj. "budynki biurowe, tereny przyległe" pod adresem ul. Joannitów 13 we Wrocławiu to 13 171,50 m². Zadanie w ramach punktu 8 formularza zostało przez Przystępującego wycenione

z uwzględnieniem zerowej stawki VAT, zatem nie mogłoby być realizowane przez podmioty będące płatnikami VAT. Z tego względu Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o., Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe Sp. z o.o. nie mogłoby realizować tej części przedmiotu zamówienia. Z pozostałych podmiotów wchodzących w skład konsorcjum Przystępującego zwolnienie z podatku VAT przysługiwało spółkom SMGL 1, SMGL 2, SMGL 5 i SMGL 7. Przystępujący w prawidłowy sposób wykazał doświadczenie spółek SMGL 5 i SMGL 7. Ze względu na fakt, że zwolnienie z podatku VAT przysługuje do kwoty 200 000 zł rocznie, to spółki SMGL 5 i SMGL 7 nie mogłyby przekroczyć tej kwoty, zatem każda z nich mogłaby wystawić faktury na łączną kwotę 200 000 zł rocznie. Tym samym podmioty, które wykazały spełnianie warunku doświadczenia mogłyby zrealizować usługę wskazaną,

w punkcie 8 formularza do kwoty 400 000 zł (przy założeniu, że podmioty te nie realizowałyby zadań na rzecz innych podmiotów oprócz Zamawiającego). Wynika to z art. 113 ust. 1 i ust. 5 ustawy o VAT:

1. Zwalnia się od podatku sprzedaż dokonywaną przez podatników, u których wartość sprzedaży nie przekroczyła łącznie w poprzednim roku podatkowym kwoty 200 000 zł. Do wartości sprzedaży nie wlicza się kwoty podatku.

5. Jeżeli wartość sprzedaży zwolnionej od podatku na podstawie ust. 1 przekroczy kwotę, o której mowa w ust. 1, zwolnienie traci moc począwszy od czynności, którą przekroczone tę kwotę.

Wartość netto dla całej usługi z punktu 8 formularza ofertowego (w zakresie podstawowym) została wyceniona przez Przystępującego na kwotę 907 965,07 zł.

W złożonym wraz z ofertą oświadczeniu na podst. art. 117 ust 4 Pzp Przystępujący przy każdym z uczestników konsorcjum zakres przewidzianego do realizacji przedmiotu zamówienia określił jako: „usługi utrzymania czystości w budynkach niedworcowych w pełnym zakresie czynności objętych przedmiotem zamówienia w wybranych lokalizacjach

zgodnie

z podziałem adresów dokonany w umowie konsorcjum”.

Zgodnie z punktem II.2.7 Ogłoszenia o zamówieniu okres obowiązywania zamówienia, umowy ramowej lub dynamicznego systemu zakupów określony został:

„Początek: 01/05/2022

Koniec: 30/09/2023”.

Tym samym możliwe byłoby, żeby spółki SMGL 5 i SMGL 7 w toku realizacji umowy dwukrotnie skorzystały ze zwolnienia z podatku VAT, ale mimo to nie mogłyby samodzielnie, w całości zrealizować części usługi wskazanej w punkcie 8 formularza ofertowego - byłoby to możliwe tylko, gdyby cena tej części zadania nie przekroczyła kwoty 800 000 zł. Z tego względu w realizacji tej części zamówienia niezbędny byłby udział przynajmniej jednej ze spółek, które nie wykazały spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tj. SMGL 1 lub SMGL 2.

Zgodnie z art. 117 ust. 3 Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Dlatego też uznać należało, że w sposób leżący po stronie Przystępującego, spółki, które miały za zadanie faktyczną realizację przedmiotu zamówienia musiały wykazać rzeczywiste dysponowanie wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem. Wskazana przez Zamawiającego okoliczność, że zgodnie z Rozdziałem IX ust. 3 SWZ „wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, warunki wskazane w ust. 2 pkt 4 SWZ mogą spełnić wspólnie” nie zmienia tej oceny. Zamawiający nie jest uprawniony do wyłączenia stosowania bezwzględnie obowiązującego przepisu ustawy. Dlatego nie można uznać za prawidłowe twierdzenia Zamawiającego, że wystarczające było wykazanie spełnienia warunków udziału przez Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych Sp. z o.o. i Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe Sp. z o.o.

Wobec powyższego Izba uznała, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ponieważ Zamawiający dał już Przystępującemu możliwość uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu to konsekwencją było uznanie przez Izbę, że oferta Przystępującego podlega odrzuceniu.

Zarzut nr 2

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert z 1 marca 2022 r. w ramach Zadania nr 29 oferty złożyli:

1. Odwołujący - cena 3 404 927,43 zł,
2. Przystępujący - cena 1 329 281,04 zł,
3. Przedsiębiorstwo Baca Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach - cena 1 677 849,71 zł,
4. Firma Usługowa Aga A. K. z siedzibą w Łaziskach Górnych - cena 2 465 897,20 zł,
5. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Firma Handlowo Usługowa Artem N. M. z siedzibą w Lipnie i Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Dafmar D. M. z siedzibą w Lipnie - cena oferty 5 577 548,58 zł.

Zamawiający na realizację przedmiotowej części zamówienia przeznaczył kwotę 1 538 539,31 zł.

22 marca 2022 r. Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty w zakresie Zadania nr 29. Wyjaśnienia dotyczyć miały: „w szczególności w zakresie:

1. Wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług;
2. Zgodności z przepisami dotyczącymi 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 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

3. Zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4. Wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy;
5. Kosztów realizacji usługi wynikających z wymagań określonych w Opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym Załącznik nr 1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SWZ” oraz wzorze Umowy stanowiącym Załącznik nr 9 do SWZ, w szczególności kosztów:
 - 1) niezbędnych dla należytej realizacji zamówienia środków czystości, higienicznych i chemicznych;
 - 2) worków na śmieci;
 - 3) sprzętu niezbędnego do realizacji usługi (koszt ma zawierać amortyzację, koszty ponoszone z tytułu napraw, wymiany elementów eksploatacyjnych i serwisowania);
 - 4) paliwa;
 - 5) innych usług (np. mycie alpinistyczne).
6. Kosztów wynikających z wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania Umowy zgodnie z postanowieniami § 14 wzoru Umowy stanowiącego Załącznik nr 9 do SWZ wraz ze wskazaniem przyjętych założeń i wynikających z nich kwot;
7. Kosztów wynikających z posiadania przez cały okres realizacji Umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia z sumą zgodnie z postanowieniami rozdziału XXII SWZ oraz wraz ze wskazaniem przyjętych założeń i wynikających z nich kwot”.

W odpowiedzi na powyższe wezwania Przystępujący wyjaśnił, że istotny wpływ na obniżenie ceny miało zastosowane zwolnienie z VAT przez czterech konsorcjantów. Ponadto Przystępujący wskazał: „Odnosząc się literalnie do wezwania, jakie czynniki wpłynęły na podaną cenę, wyjaśniamy:

Ad.1) korzystne rozwiązania techniczne obejmują: doświadczoną kadrę pracowniczą, wykorzystanie zamortyzowanego sprzętu zastosowanego do realizacji usługi, a przede wszystkim kadry kierowniczej od lat nadzorującej przedmiotową usługę.

Ad.2) osoby zatrudnione do realizacji usługi są zatrudnione na podstawie umowy o pracę z zachowaniem i poszanowaniem przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i przepisów powiązanych. Kalkulacja załączona poniżej uwzględnia przepisy przytoczonej ustawy.

Ad.3) Również w kalkulacji uwzględniono koszty związane z prawem pracy i zabezpieczenia społecznego uwzględniając uwarunkowania istniejące w miejscu realizacji usługi.

Ad.4) W kalkulacji nie przewidzieliśmy wykorzystania podwykonawców. Założyliśmy, że sami

poniesiemy pełny koszt realizacji usługi, jednak jeżeli otrzymamy korzystną ofertę od podwykonawcy, umożliwiającą nam obniżenie kosztów głównie dojazdów do obiektów przewidzianych w prawie opcji a odległych od siedzib członków konsorcjum, oczywiście z takiej oferty skorzystamy.

Ad.5) W kalkulacji oferty uwzględniliśmy wszystkie koszty wynikające z wymagań określonych w Opisie Przedmiotu Zamówienia, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ

oraz we wzorze Umowy stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ, w szczególności kosztów:

- zakupu środków czystości, higienicznych i chemicznych. Tu należy nadmienić, że jako wieloletni partnerzy hurtowni chemicznych posiadamy znaczne upusty umożliwiające nam zakup tych produktów po niezwykle korzystnych cenach. To ma również wpływ na wartość złożonej oferty. (dowód: oświadczenie

przedstawiciela hurtowni)

- To samo dotyczy zakupu worków na śmieci, mieszczą się one w asortymencie w który zaopatrujemy się w miejscach które sprzedają nam chemię, drobny podręczny sprzęt, materiały higieniczne itd.
- Sprzęt niezbędny do realizacji umowy jest naszą własnością i jest w całości amortyzowany. Koszt eksploatacji ew. napraw jest uwzględniony w załączonej kalkulacji.
- Podczas wykonywania przedmiotowej usługi zużywamy paliwo, również uwzględnione w załączonej kalkulacji.
- Koszt mycia alpinistycznego okien, wszelkie dodatkowe koszty poza bieżącym sprzętaniem realizuje grupa interwencyjna, której koszty zostały przedstawione w załączonej kalkulacji.

Ad.6) W załączonej kalkulacji uwzględniliśmy również koszty wynikające z wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Ad.7) Koszty ogólnozakładowe uwzględnione w kalkulacji obejmują między innymi polisę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej”.

Do wyjaśnień Przystępujący załączył:

- kalkulację,
- wniosek o wypłatę miesięcznego dofinansowania do zatrudnienia osoby niepełnosprawnej,
- zdjęcia sprzętu i soli,
- faktury zakupu amortyzowanego sprzętu, maszyn i pojazdów (10 szt.),
- dowód rejestracyjny amortyzowanego pojazdu,
- poświadczenie należytego wykonania usługi członków konsorcjum,
- oświadczenie hurtowni o rabatach.

W załączonej kalkulacji Przystępujący wskazał m. in. koszty osobowe pracowników w wysokości 46 500,00 zł miesięcznie wraz z adnotacją o treści: „pełne koszty zatrudnienia na podstawie umowy o pracę/cywilnoprawne obejmujące: płace bezpośrednie, koszty związane ze składkami na ZUS, ubezpieczenie emerytalne, ubezpieczenie rentowe, ubezpieczenie chorobowe, zdrowotne, składka na fundusz pracy, składka na FGŚP, PPK, zaliczka na PIT , również ew. godziny nadliczbowe, praca w dni wolne oraz praca w godzinach nocnych”.

Zamawiający uznał powyższe wyjaśnienia wraz załączonymi dowodami za prawidłowe. W ocenie Izby zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego było sprzeczne w szczególności z art. 224 ust. 6 Pzp, zgodnie z którym odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają rażąco niskiej ceny lub kosztu tej oferty. W konsekwencji Izba uznała, że zarzut nr 2 odwołania potwierdził się.

Złożone przez Przystępującego wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie z 22 marca 2022 r. formalnie zawierały odpowiedzi na wszystkie postawione przez Zamawiającego pytania, ale w praktyce nie sposób było uznać, że wyjaśnienia czyniły zadość obowiązkowi wykazania przez wykonawcę realności zaoferowanej ceny. Szczególnie dobrze widać to na przykładzie części wyjaśnień dotyczących kosztów pracy. Oprócz wyjaśnień w tym zakresie przytoczonych wyżej, Przystępujący nie przedstawił żadnej innej informacji o zakładanych kosztach pracy pracowników, w szczególności w rozbiciu na poszczególne etaty. Przystępujący wskazał jedynie w załączonej do wyjaśnień kalkulacji, że koszty zatrudnienia osób to kwota 46 500 zł miesięcznie. Przystępujący nie przekazał przy tym żadnych danych umożliwiających choćby w sposób pośredni oszacować, czy cena oferty uwzględnia koszty pracy zgodne z przepisami ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Zamawiający nie wiedząc jaki jest zakładany przez Przystępującego poziom zatrudnienia konieczny

do realizacji przedmiotu zamówienia nie miał podstaw przyjąć, że Przystępujący udzielił prawidłowych wyjaśnień ceny oferty. W konsekwencji zaistniały przesłanki określone w przytoczonym wyżej art. 224 ust. 6 Pzp i obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie oferty Przystępującego. Zaniechanie wypełnienia tego obowiązku przesądziło o uwzględnieniu zarzutu nr 2 odwołania.

Zarzut nr 3

Konsorcjum Przystępującego złożone było z następujących podmiotów:

1. Przedsiębiorstwo Usług Wielobranżowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą we Wrocławiu.

W rubryce 7 działu 1 odpisu z KRS załączonego do oferty jako wspólnik wykazany został pan P. Ś. posiadający w spółce 99 udziałów o łącznej wartości 4 950 zł (kapitał spółki wynosił 5 000 zł). Pan P. Ś. figuruje w KRS spółki jako jej Prezes Zarządu oraz jedyny członek zarządu. Prokurentem samoistnym był pan G. H.

2. Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu. Z odpisu KRS złożonego wraz z ofertą nie wynika, by podmiot ten był powiązany z panem P. Ś. .

3. SMGL 1 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu. Adres: ul. Łączna 2, 45-940 Opole.

Umowa spółki zawarta została 26 lutego 2019 r. Jedyny wykazany w rubryce 7 działu 1 KRS wspólnik to pan P. Ś. posiadający 95 udziałów o łącznej wartości 4 750 zł (kapitał spółki to 5 000 zł). Pan Ś. jest jedynym członkiem zarządu spółki, jak również jej Prezesem Zarządu. Jako prokurent samoistny została wpisana pani A. Ś. .

4. SMGL 2 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu. Adres: ul. Łączna 2, 45-940 Opole.

Umowa spółki zawarta została 27 lutego 2019 r. Jedyny wykazany w rubryce 7 działu 1 KRS wspólnik to pan P. Ś. posiadający 95 udziałów o łącznej wartości 4 750 zł (kapitał spółki to 5 000 zł). Pan Ś. jest jedynym członkiem zarządu spółki, jak również jej Prezesem Zarządu. Jako prokurent samoistny została wpisana pani A. Ś. .

5. SMGL 5 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu. Adres: ul. Łączna 2, 45-940 Opole.

Umowa spółki zawarta została 27 lutego 2019 r. Jedyny wykazany w rubryce 7 działu 1 KRS wspólnik to pan P. Ś. posiadający 95 udziałów o łącznej wartości 4 750 zł (kapitał spółki to 5 000 zł). Pan Ś. jest jedynym członkiem zarządu spółki, jak również jej Prezesem Zarządu. Jako prokurent samoistny została wpisana pani A. Ś. .

6. SMGL 7 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu. Adres: ul. Łączna 2, 45-940 Opole.

Umowa spółki zawarta została 26 marca 2019 r. Jedyny wykazany w rubryce 7 działu 1 KRS wspólnik to pan P. Ś. posiadający 95 udziałów o łącznej wartości 4 750 zł (kapitał spółki to 5 000 zł). Pan Ś. jest jedynym członkiem zarządu spółki, jak również jej Prezesem Zarządu. Jako prokurent samoistny została wpisana pani A. Ś. .

Jak zostało szczegółowo opisane w zakresie ustaleń Izby dotyczących zarzutu nr 1 Przystępujący nie wykazał, by spółki SMGL 1 i SMGL 2 dysponowały jakimkolwiek doświadczeniem niezbędnym do realizacji przedmiotu zamówienia.

W wyjaśnieniach ceny oferty Przystępujący wskazał, że spółki SMGL 1, SMGL 2, SMGL 5 i SMGL 7 korzystają ze zwolnienia z podatku VAT. Umożliwiło to zastosowanie zerowej stawki VAT w zakresie zadania wskazanego w punkcie 8 formularza ofertowego, mimo, że normalna stawka za tego rodzaju czynności to 23%.

W ocenie Izby oferta Przystępującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej

konkurencji. Zgodnie z art. 58 ust. 1 Pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Uprawnienie do składania ofert w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie zezwala jednak na m. in. zawieranie przez wykonawców porozumień służących ograniczeniu konkurencji w postępowaniu. Wynika to przede wszystkim z art. 3 ust. 1 Uznk, w którym zdefiniowano czyn nieuczciwej konkurencji jako działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Biorąc pod uwagę ustalony i opisany wyżej stan faktyczny Izba uznała, że jedynym celem utworzenia konsorcjum Przystępującego z udziałem spółek SMGL 1 i SMGL 2, było zaoferowanie Zamawiającemu oferty z zerową stawką VAT, a zatem stawką dostępną w normalnym obrocie jedynie dla drobnych przedsiębiorców. Biorąc

pod uwagę wartości usług jakich realizacją należało się wykazać, by spełnić warunki udziału w postępowaniu uznać można, że przedmiotowe zamówienie adresowane jest do podmiotów, którym zwolnienie określone w art. 113 ust. 1 ustawy o VAT nie przysługuje. Dlatego pozostali z wykonawców biorących udział w postępowaniu zaoferowali cenę za sprzątanie powierzchni wewnętrznych z uwzględnieniem prawidłowej stawki VAT, tj. 23%. Jedynie Przystępujący zaoferował stawkę zerową, ale wyłącznie ze względu na posłużenie się strukturą, która formalnie odpowiadać miała konsorcjum. W rzeczywistości była jednak tworem sztucznym, skonstruowanym wyłącznie po to, by złożyć w postępowaniu ofertę z zerową stawką VAT,

a zatem stawką niedostępną dla pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Mylił się zatem Zamawiający twierdząc, że działanie Przystępującego nie godziło w uczciwą konkurencję w postępowaniu - celem tworzenia konsorcjów ma być łączenie rzeczywistych potencjałów wykonawców, a nie wykorzystywanie zwolnienia z VAT dostępnego drobnym przedsiębiorcom.

Istotną okolicznością w sprawie jest fakt, że wspólnikiem spółek SMGL 1, SMGL 2, SMGL 5 i SMGL 7 jest ta sama osoba będąca zarazem ich jedynym członkiem zarządu i Prezesem Zarządu. Zarejestrowane są one ponadto pod tym samym adresem. O ile sam fakt posiadania przez jedną osobę większej ilości spółek z ograniczoną odpowiedzialnością nie jest nielegalny, to ich wykorzystanie w postępowaniu wyłącznie w celu uzyskania niedostępnej dla innych uczestników postępowania stawki VAT jest czynem godzącym w uczciwość kupiecką.

W ocenie Izby, w oparciu o dokumentację postępowania ale także o doświadczenie życiowe, nie ma podstaw do uznania, że udział w konsorcjum Przystępującego spółek SMGL 1 i SMGL 2 był podyktowany czymkolwiek innym niż potrzebą uzyskania zwolnienia z podatku. Z treści wyjaśnień ceny oferty złożonych przez Przystępującego wynika, że podmioty te miały realizować określony w punkcie 8 formularza ofertowego zakres i wystawiać z tego tytułu faktury do kwoty nie wyższej niż 200 000 zł. Tym samym ich udział w realizacji zadania nie służył faktycznej realizacji określonej części świadczenia, ponieważ zakres ich świadczenia określony został wyłącznie ww. kwotą, która nie mogła zostać przekroczona ze względu

na groźbę utraty prawa do zwolnienia z VAT. Obie spółki nie wykazały się w postępowaniu również jakimkolwiek doświadczeniem czy innego rodzaju potencjałem, który mógłby służyć realizacji przedmiotu zamówienia. Ich jedynym, rzeczywistym celem była zatem sama „obecność” w konsorcjum.

Praktyka taka z całą pewnością nie mieści się w granicach uczciwej konkurencji. Wykonawcy składający oferty w postępowaniu nie mają podstaw zakładać, że przyjdzie im konkurować o udzielenie zamówienia z podmiotem oferującym niemal cały zakres zamówienia z zerową stawką VAT, niedostępną dla przedsiębiorców realizujących zadania na skalę wskazaną w warunkach udziału w postępowaniu.

Z opisanych przyczyn, mimo, że działanie Przystępującego być może nie stało w sprzeczności z przepisami o podatku VAT (rozstrzygnięcie na ten temat nie leży w kompetencjach Krajowej Izby Odwoławczej) Izba uznała, że wobec oferty Przystępującego wypełniły się przesłanki wskazane w art. 226 ust. Pkt 7 Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia

16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego prowadziło do uwzględnienia przez Izbę zarzutu nr 3 odwołania.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....