

WYROK

z dnia 20 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2022 r. przez wykonawcę D. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. z siedzibą w Żaganiu przy ul. Bolesława Chrobrego 14 (68-100 Żagań) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego 21 Bazę Lotnictwa Taktycznego z siedzibą w Świdwinie przy ul. Potczyńskiej 32 (78-301 Świdwin)

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

1.1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dla zadania nr 1 w postępowaniu;

1.2. odrzucenie oferty wykonawcy złożonej przez wykonawcę P. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MIXON P. L. z siedzibą w Starym Żaganiu jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie ww. zadania;

1.3. dokonanie ponownego badania i oceny ofert dla zadania nr 1.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego 21 Bazę Lotnictwa Taktycznego z siedzibą w Świdwinie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę D. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. z siedzibą w Żaganiu tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego 21 Bazy Lotnictwa Taktycznego z siedzibą w Świdwinie na rzecz wykonawcy D. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. z siedzibą w Żaganiu, kwotę w wysokości 15 679 zł 31 gr (słownie: piętnaście tysięcy sześćset siedemdziesiąt dziewięć złotych trzydzieści jeden groszy), stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania, kosztów dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę oraz kosztu uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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 2642/22

Uzasadnienie

21 Baza Lotnictwa Taktycznego z siedzibą w Świdwinie, zwana dalej: „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Usługa sprzątnia i utrzymania w czystości powierzchni wewnętrznych (nr referencyjny: ZP/26/2022), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 lipca 2022 r., pod numerem 2022/S 133-379767.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 7 października 2022 r. wykonawca D. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd D. B. z siedzibą w Żaganiu (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3,7, 8 Pzp oraz art. 224 ust. 1-3, 5 Pzp oraz art. 16 pkt 1, art. 17 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez wybranie wykonawcy P. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MIXON P. L. z siedzibą w Starym Żaganiu (zwanego dalej jako: „MIXON” lub „wykonawca”), dla zadania nr 1 Świdwin, który nierzetelnie złożył wyjaśnienia w sprawie rażąco niskiej ceny (nieudzielenie szczegółowych informacji, nieprzedstawienie dowodów i złożenie wyjaśnień w sposób zdawkowy i ogólnikowy) do wyjaśnienia tego samego zakresu informacji w zakresie rażąco niskiej ceny;

2) ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w pkt. 1) art. 224 ust 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 224 ust. 1-3, 5 Pzp oraz art. 16 pkt 1 Pzp, art. 17 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez MIXON w sytuacji, gdy:

- wykonawca ten, który dla zadania nr 1 Świdwin złożył nierzetelne, wybiórcze, ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, a przede wszystkim nie przedstawił dowodów uzasadniających podniesione przez siebie twierdzenia w zakresie ceny, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

- wykonawca nie skalkulował pełnego zakresu przedmiotu zamówienia i nie jest on w stanie wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, w szczególności z uwagi na: konieczność zapewnienia pracownikom praw

pracowniczych i uwzględnienia wynikających z SWZ kosztów pracowniczych. Oferta ta

3

zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca nie udźwignął ciężącego na nim ciężaru udowodnienia, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a tym samym oferta winna zostać odrzucona. Zamawiający tym samym wbrew dyspozycji art. 224 Pzp jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, mimo iż wykonawca nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu, a tym samym nie obalił domniemania, że cena oferty jest rażąco niska;

3) art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 Pzp przez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego wybór jest niezgodny z przepisami Pzp, a tym samym zamawiający narusza nakaz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i narusza jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy MIXON dla zadania 1 Świdwin;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- wykluczenia z postępowania i odrzucenie oferty złożonej przez MIXON dla zadania nr 1 Świdwin;
- wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w złożeniu odwołania ponieważ obecne postanowienia w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty dla zadania nr 1 Świdwin naruszają SWZ, przepisy Pzp, a w konsekwencji poniesienie szkody przez odwołującego poprzez niezyskanie zamówienia w wyniku działania i zaniechania zamawiającego.

W uzasadnieniu odwołujący w pierwszej kolejności zwrócił uwagę, że zamawiający w dniu 28 września 2022 r. umieścił na swojej stronie internetowej informację zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu ZP/26/2022 dla 4 zadań firmy MIXON. Uprzednio wybrany wykonawca dla zadania nr 1 Świdwin w ramach postępowania został pismem z dnia 14 września 2022 r. wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących ustalenia czy oferta w zakresie zadania nr 1 Świdwin zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, że oferta opiewająca na kwotę 956 526,94 zł stanowi 69,96% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, jeżeli cena jest o 30% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia szczegółowych odpowiednio umotywowanych wyjaśnień. Wykonawca pismem z dnia 18 września 2022 r. złożył wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej. Wykonawca złożył nierzetelne, wybiórcze, ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, a przede wszystkim nie przedstawił dowodów uzasadniających podniesione przez siebie twierdzenia w zakresie ceny, a tym samym nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W ocenie odwołującego wykonawca złożył nierzetelne wyjaśnienie w zakresie:

1. kosztów zatrudnienia:

1.1. wykonawca zamierza zatrudnić 17 pracowników w przeliczeniu na pełne etaty dla 14 osób. Wskazał jednocześnie, iż dwie osoby będą zatrudnione z posiadanym orzeczeniem o umiarkowanym stopniu niepełnosprawności, przez co otrzyma dotację z Państwowego Funduszu Rehabilitacji Niepełnosprawnych. Zgodnie z wyliczeniami koszt zatrudnienia w okresie 12 miesięcznej umowy opiewa na kwotę 686.168,00 zł. Z treści wyjaśnień co do kosztów zatrudnienia pracowników wynika, że wykonawca nie doliczył obowiązującego podatku VAT w wysokości 23%. Naruszono treść Ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług - Dziennik Ustaw rok 2022 poz. 931 z późn. zm. Faktyczny koszt wynagrodzenia przeniesiony na zamawiającego w fakturach za wykonaną usługę w skali roku faktycznie wyniesie 843.986,64 zł (w tym podatek VAT 157.818,64 zł). Wykonawca składając swoje wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny dla kosztów wynagrodzenia zaniżył faktyczny koszty o kwotę podatku VAT w wysokości 157.818,64 zł;

1.2. wykonawca nie zawarł w wyliczeniu kosztów zatrudnienia konieczności poniesienia kosztów badań lekarskich pracowników zgodnie treścią Kodeksu Pracy - o tą pozycję zaniżył faktyczny koszt realizacji zadania;

1.3. wykonawca nie zawarł w wyliczeniu kosztów zatrudnienia konieczności poniesienia kosztów zakupu podstawowych środków BHP wymaganych w Kodeksie Pracy jak też przez zamawiającego w zakresie zakupu jednolitych ubiorów ochronnych oraz obuwia ochronnego, zgodnie z treścią Kodeksu Pracy, SWZ - Opis przedmiotu Zamówienia - o tę pozycję zaniżył faktyczny koszt realizacji zadania;

2. wyposażenia pracowników w podręczny sprzęt sprząający. Wykonawca wyliczając koszty wyposażenia pracownika w podręczny sprzęt sprząający nie wykazał w załączonych fakturach faktycznych kosztów zakupu sprzętu, mimo, że powołuje się na faktury. W zestawieniu niezbędnego sprzętu wskazano, iż wykonawca nie wyliczył faktycznego kosztu:

2.1. zakupu odkurzacza z uwagi na posiadanie go na stanie magazynowym, uzasadniając to zapisem „wykonawca posiada taki sprzęt na stanie magazynowym i nie wlicza go w cenę oferty”. Taka interpretacja jest niezgodna z obowiązującymi przepisami w zakresie przepisów podatkowych i innych w tym amortyzacji sprzętu. Zakup odkurzaczy na tzw. magazyn po stronie wykonawcy rodzi określony koszt finansowy, który został odliczony od dochodu jako poniesiony koszt związany z prowadzeniem działalności gospodarczej. Ponadto samo użytkowanie odkurzaczy rodzi konieczność zakupu materiałów eksploatacyjnych np. worków

na śmieci, filtrów plus ewentualne koszty naprawy i konserwacji. Zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował co najmniej 20 szt. odkurzaczy. Koszt zakupu 20 odkurzaczy profesjonalnych przykładowo NPV 180 Numatic wynosi zgodnie z ofertą hurtową 11.989,80 zł netto, 14.747,45 zł brutto (dowód załącznik nr 6 wydruk oferty cenowej importera). Brak ujęcia kosztów zakupu odkurzaczy znacząco fałszuje faktyczny koszt realizacji zadania. Nieobciążenie zamawiającego kosztem zakupu odkurzaczy niezbędnych do realizacji zamówienia stwarza obowiązek podatkowy u zamawiającego po stronie dochodu. Zgodnie z przepisami darowizna w postaci nieobciążenia kontraktu kosztem zakupu i użytkowania odkurzaczy stwarza u zamawiającego dochód, który winien być opodatkowany podatkiem dochodowym i rodzi także po stronie zamawiającego obowiązki podatkowe w zakresie podatku VAT;

2.2. zakupu stelaży płaskich szt. 2 (wykonawca posługuje się w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny terminem „mop płaski”- podczas gdy prawidłowa nazwa to: stelaż do mopów) z uwagi na posiadanie go na stanie magazynowym, uzasadniając to zapisem „wykonawca posiada taki sprzęt na stanie magazynowym i nie wlicza go w cenę oferty”. Taka interpretacja jest niezgodna z obowiązującymi przepisami w zakresie przepisów podatkowych i innych w tym amortyzacji sprzętu. Zakup stelaży do mopów na tzw. magazyn po stronie wykonawcy rodzi określony koszt finansowy, który został odliczony od dochodu jako poniesiony koszt związany z prowadzeniem działalności gospodarczej. Koszt zakupu stelaży do mopów dla 17 pracowników faktycznie wynosi 17 x 2 szt. dla pracownika co daje sumę 34 stelaży do mopów. W przypadku stelaży do użytku profesjonalnego marki Merida symbol ST024 cena zakupu to 83,20 zł netto sztuka, co w przeliczeniu na zadeklarowaną ilość przewidzianą do realizacji zadania stanowi kwotę 2.828,80 zł netto, 3.479,42 zł brutto. Wykonawca zaniżył koszt realizacji zadania o 3.479,42 zł brutto. Brak ujęcia kosztów zakupu stelaży znacząco fałszuje faktyczny koszt realizacji zadania. Nieobciążenie zamawiającego kosztem zakupu stelaży do mopów niezbędnych do realizacji zamówienia, stwarza obowiązek podatkowy u zamawiającego po stronie dochodu. Zgodnie z przepisami darowizna w postaci nieobciążenia kontraktu kosztem zakupu i użytkowania stelaży do mopów stwarza u zamawiającego dochód, który winien być opodatkowany podatkiem dochodowym i rodzi także po stronie zamawiającego obowiązki podatkowe w zakresie podatku VAT;

2.3. zakupu odkurzaczy piorących. Zamawiający w Opisie Przedmiotu Zamówienia jednoznacznie wskazał., aby wykonawca dysponował co najmniej 3 szt. odkurzaczy piorących. (OPZ w dokumentacji zamawiającego). Koszt zakupu trzech odkurzaczy piorących przykładowo Numatic George wynosi zgodnie z ofertą hurtową 5.397,03 zł netto, 6638,35 zł brutto. Brak ujęcia kosztów zakupu odkurzaczy w znacząco zaniża faktyczny koszt realizacji zadania;

2.4. wykonawca nie ujął w wyjaśnieniach kwestii wyposażenia pracowników w wózki do sprzątnięcia wyposażone w wiadra niezbędne do wykonania usługi mycia powierzchni. Koszt zakupu wózków dwu-wiadrowych dla 17 pracowników po 491 zł netto szt. daje 8.347 zł netto, 10.266,81 zł brutto. Wykonawca zaniżył koszt realizacji zadania o koszt zakupu wózków do sprzątnięcia o 10.266,81 zł brutto;

2.5. wykonawca zaniżył faktyczny koszt zakupu wskazanego wyposażenia dla pracownika na stronie 2 wyjaśnień o podatek VAT. Wskazane kwoty są kosztami netto faktycznych kosztów poniesionych. Kwotę 14.994,00 zł należy powiększyć o podatek VAT w wysokości 3.448,62 zł;

2.6. wyposażenia pracowników w środki chemiczne:

2.6.1. wykonawca zaniżył faktyczny koszt zakupu wskazanych środków chemicznych dla pracownika na stronie drugiej wyjaśnień o podatek VAT. Wskazane kwoty są kosztami netto faktycznych kosztów poniesionych. Kwotę 25.414,32 zł wskazaną na stronie trzeciej wyjaśnień należy powiększyć o podatek VAT w wysokości 5845,29 zł

2.6.2. wykonawca w swoich wyjaśnieniach nie uwzględnił konieczności zakupu środków dezynfekujących dla pomieszczeń toaletowych, kostek WC, odświeżaczy powietrza w aerozolu, a także dla pozostałych powierzchni specjalistycznych środków chemicznych na bazie polimerów do podłóg oraz środków do ich usuwania, które są wymagane przez zamawiającego przy wykonywaniu usługi. Istotnym czynnikiem cenotwórczym jest wskazana przez zamawiającego konieczność stosowania środków dezynfekujących do sanitariatów, profesjonalnej chemii do doczyszczania i polimeryzacji podłóg 4 x w roku na powierzchni 26.745,89 m², a wskazanych w Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz udzielonej informacji w odpowiedzi na pytania z dnia 8 sierpnia 2022 r. Zamawiający w OPZ wskazał konieczność zabezpieczenia toalet w kostki WC, codziennej dezynfekcji (wskazane przez wykonawcę w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny „płyn do mycia WC 1l” nie znajduje się na żadnej ze wskazanych fakturach, nie dołączono również nazwy handlowej ani karty produktu ze wskazaniem, że są do środki do zastosowania w sanitariatach o właściwościach dezynfekujących), wyposażenia każdej miski ustępowej w aerozol odświeżający. W zadaniu

nr 1 Świdwin występuje 69 toalet po minimum 2 miski ustępowe w każdej. Nieujęcie kosztów zakupu środków dezynfekujących do toalet, aerozoli odświeżających, kostek WC, środków doczyszczających podłogi ze starej warstwy polimerowej, środków na bazie polimerów do zabezpieczania podłóg, płynów do prania dywanów w znaczący sposób zaniża koszty realizacji zadania;

2.7. wyposażenie obiektów w środki higieniczne:

2.7.1. wykonawca zaniżył faktyczny koszt zakupu wskazanych środków higienicznych na stronie 3 Wyjaśnień o podatek VAT. Wskazane kwoty są kosztami netto faktycznych kosztów poniesionych. Kwotę 68.583,60 zł wskazaną na stronie 5 wyjaśnień należy powiększyć o podatek VAT w wysokości 15.774,23 zł. Kwota ta zaniża koszt realizacji kontraktu;

2.7.2. zamawiający nie zauważył rozbieżności w cenie środków wskazanych na stronie 3 wyjaśnień, a kwotami wskazanymi w fakturach - załącznik nr 2 do wyjaśnień firmy MIXON. Przykładowo pozycja - ręczniki składane ZZ (102) pojemniki 50 worków po 10 paczek = 50 x 54,50 daje 2.725 zł. W fakturze nr (S)FS-654/08/22 załączonej do wyjaśnień pozycja 13 zawiera opis ręczników MT 64472 Ręcznik HATO ZZ CLASIC 1W w cenie 83,50 zł opakowanie. Różnica ceny na 1 opakowaniu wynosi $1n$ plus $83,50zł - 54,50 zł = 29 zł$ netto. Tak więc cenę zakupu ręczników w czasie kontraktu zaniżono o kwotę wskazaną w poniższym wyliczeniu $29 zł$ netto x 50 worków x 12 miesięcy = 17.400 zł netto plus 23% podatku VAT;

2.8. koszty obsługi kontraktu (sprawowanie nadzoru, dowóz środków, koszty nieprzewidziane itp.) ujęte na stronie 4 wyjaśnień są zaniżone:

2.8.1. zużycie paliwa na dostawę towaru jest nierealne, dystrybutor pojazdów typu Ford Transit wskazuje średnie zużycie paliwa na 100 km. w wysokości 11,8 l. Wykonawca podaje koszt zużycia paliwa o wartości 10 litrów na 100 km. Jak podaje wykonawca w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny koszt przejechania 100 km przy to 10 litrów ON x 7,30 zł/litr plus miesięczna amortyzacja pojazdu w kwocie 10 zł. Powyższe nie koreluje nawet z kosztami zawartymi w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy (Dz.U. z 2002 r. nr 27, poz. 271) w wysokości 0,8358 zł za 1 km. (odwołujący przypominał, że Rozporządzenie Ministra Infrastruktury nie było waloryzowane od 2002 r.). Wskazana wartość jednorazowego przejazdu z towarem do obiektu przez wykonawcę jest nierealna ponadto nie ujmuje kosztów pozostałych takich jak:

2.8.1.1. zatrudnienia kierowcy;

2.8.1.2. organizacji początkowej zadania (dowóz wszystkich niezbędnych narzędzi do pracy dla 17 pracowników i artykułów higienicznych);

2.8.1.3. organizacji końcowej kontraktu (wywóz wszystkich narzędzi i artykułów po zakończonym kontrakcie);

2.8.1.4. nadzór nad realizacją np. spotkania z zamawiającym w celu organizacji pracy czy też comiesięcznych odbiorów w postaci protokołów/rozliczeń do faktur. Wskazany jednorazowy koszt miesięczny transportu artykułów higienicznych i chemii w kwocie 511 zł plus 10 zł amortyzacji odbiega od kosztu wskazanego w Rozporządzeniu Ministra

Infrastruktury: wskazana odległość pomiędzy siedzibą firmy wykonawcy a obiektem wynosi 682 km wartość ta pomnożona przez 0,8348 zł daje kwotę 569,33 zł. Odwołujący zauważa, że jest to tylko koszt eksploatacji, który nie wskazuje kosztów zatrudnienia kierowcy itp. Należy podkreślić, że wskazana kwota obsługi rocznej dowozu towarów i narzędzi jest kwotą netto, należy ją powiększyć o nie ujęty podatek VAT w wysokości 1.437,50 zł. Wykonawca nie ujął także kosztu eksploatacji samochodu w tym kosztu przeglądów, ubezpieczenia OC, wymiany płynów eksploatacyjnych, zużycia opon;

2.8.2. koszt pracy podnośnika koszonego wskazana kwota 3.000 zł jest kwotą netto i zaniżoną o wartość podatku VAT w wysokości 690 zł;

2.8.3. Koszty nie przewidziane 1.750 zł zaniżone o podatek VAT w wysokości 402,50 zł! Reasumując w ocenie odwołującego wskazane wyliczenia przedstawione przez wykonawcę na stronie 4 wyjaśnień rażąco niskiej ceny są nierzetelne. Wykonawca wyjaśniając rażąco niską cenę wskazał „Razem koszt wykonawcy brutto za okres umowy 806.159,92 zł brutto”. Odwołujący zauważył, że kwota ta nie zawiera podatku VAT 23%. Jest to tylko domniemany koszt netto i to także nieuwzględniający wszystkich kosztów, co wykazuje odwołujący w treści powyżej. Przyjmując powyższe wyliczenia wskazane na stronach od 1 do 4 wyjaśnień rażąco niskiej ceny, po dodaniu należnego podatku VAT 23% w kwocie 185 416,78 do kwoty netto 806.159,92 zł daje końcową kwotę realizacji kontraktu w wysokości 991.576,70 zł

brutto tj. wyższą o 35.049,76 zł od kwoty ofertowej złożonej przez wykonawcę w postępowaniu przetargowym dla zadania nr 1 Świdwin.

Zdaniem odwołującego wykonawca nie skalkulował pełnego zakresu przedmiotu zamówienia i nie jest on w stanie wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, w szczególności z uwagi na: konieczność zapewnienia pracownikom praw pracowniczych, uwzględnienia wynikających z SWZ kosztów pracowniczych, zakupu środków higienicznych i chemicznych, sprzętu do realizacji zamówienia. Wskazanie na stronie 4 wyjaśnień, wykonawca MIXON podaje, że zamawiający nie wymaga specjalistycznego sprzętu sprzątającego, nie wymaga także środków chemicznych i higienicznych o podwyższonej, specjalnej normie jakości - jest założeniem błędnym świadczącym o braku zrozumienia SWZ i OPZ przez wykonawcę. W Opisie Przedmiotu zamówienia oraz w odpowiedzi na wnioski, a w szczególności wniosku nr 11 z dnia 8 sierpnia 2022 r. jednoznacznie wskazuje się o zobowiązaniu wykonawcy do spełnienia wysokich norm jakościowych i uwzględnienia wszelkich kosztów realizacji zadania, uwzględnienia specjalistycznego sprzętu do mycia okien na wysokościach, użycie odkurzaczy piorących, wykonywanie usługi polimeryzacji podłóg, czego nie można wykonać bez maszyn specjalistycznych itp. Wykonawca pominął powyższe wskazania zamawiającego w swojej ofercie, a następnie w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wskazał, że realizacja usługi na 4 zadaniach umożliwi mu awaryjne, nieprzewidziane natychmiastowe uzupełnienie środków chemicznych, czy higienicznych, co ma ogromne znaczenie dla zachowania ciągłości usługi na najwyższym poziomie. Jednakże wykonawca nie ujmuje kosztów przewożenia tych artykułów między obiektami w razie potrzeby. Wykonawca przeznaczą kwotę 1750 zł netto w skali 12 miesięcy, co daje 145,33 zł miesięcznie netto, na nieprzewidziane wydatki (strona 4 wyjaśnień: zastępstwa, zwolnienia lekarskie itd.). Kwota ta w żaden sposób nie zapewnia środków na pokrycie kosztów zastępstw i zwolnień lekarskich, a w szczególności kosztu awaryjnego transportu środków higienicznych i chemicznych pomiędzy obiektami, gdzie nawet nie uwzględniono kosztów użycia samochodu dostawczego, a odległość pomiędzy obiektem Mrzeżyno i Mirosławiec wynosi 136 km. Odwołujący podkreślił, że wykonawca kalkulując ofertę dla zadania nr 1 Świdwin nie miał wiedzy czy jego oferty dla zadania 2-4 będą korzystne dla zamawiającego, tak więc powoływanie się na obniżenie kosztów poprzez uzupełnianie środków higienicznych i chemicznych z sąsiednich obiektów nie zasługuje na uznanie. Na fakt o rażąco niskiej cenie wykonawcy stanowi również brak wskazania kosztów administracyjnych prowadzenia kontraktu, nadzoru i kosztów kontroli jakości usługi, a czynność ta musi się odbyć minimum jeden raz w miesiącu czego wymaga zamawiający wskazując tę czynność w treści OPZ. Dalej nie uwzględniono kosztów: prowadzenia księgowości, kosztów bankowych przelewów, ubezpieczenia pojazdu Ford Transit w minimalnym zakresie odpowiedzialności cywilnej za szkody powstałe w związku z ruchem tego pojazdu, odpowiedzialności cywilnej firmy wobec osób trzecich i kontrahenta za szkody powstałe w wyniku realizacji kontraktu itp.

W konkluzji odwołujący stwierdził, że oferta firmy MIXON zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca nie udźwignął ciężącego na nim ciężaru udowodnienia, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a tym samym oferta winna zostać odrzucona. Zamawiający tym samym wbrew dyspozycji art. 224 Pzp jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę, mimo że wykonawca nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu, a tym samym nie obalił domniemania, że cena oferty dla zadania nr 1 Świdwin jest rażąco niska.

W ramach postępowania odwoławczego nie zostały zgłoszone przystąpienia.

W dniu 13 października 2022 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, której zawarł argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania.

W zakresie pierwszego zarzutu zamawiający wskazał, że dnia 14 września 2022 r. skierował do wykonawcy MIXON wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp w zakresie zadania nr 1. Przywołany przepis, na podstawie którego zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnień, odnosi się bezpośrednio do wartości zamówienia oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zgodnie z treścią skierowanego do wykonawcy wezwania wystąpiły okoliczności, w których w wyniku oceny oferty pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert wartość badanej oferty wyniosła 69,95%. Jest to niewątpliwie wartość nieznacznie odbiegająca od wskazanej w art. 224 ust. 2 Pzp. Nie bez znaczenia w zaistniałych okolicznościach pozostaje fakt, iż w postępowaniu złożone zostały oferty, których wartości oscylowały odpowiednio od 956 526,94 zł do 1 556 671,19 zł (w tym oferta odwołującego 1 131 916,46 zł), natomiast jedna z ofert opiewała na kwotę 3 290 750,48 zł, którą uznać należy jako nierealnie wysoką w odniesieniu do przedmiotu zamówienia i równocześnie mającą wpływ na znaczne zawyżenie średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. Zamawiający wyjaśnił, że w omawianym przypadku rozważał zastosowanie

okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia z uwagi na fakt, że jedna z ofert w sposób istotny odbiega od wartości pozostałych ofert i jest nierealnie wysoka, co bez wątplenia ma wpływ na zawyżenie średniej arytmetycznej. Nie sposób zatem nie zauważyć, iż gdyby jedna z tych ofert nie odbiegała tak znacznie pod względem jej wysokości od pozostałych, w istocie nie zachodziłaby konieczność badania oferty wykonawcy pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny. Zamawiający jednak, mając na względzie racjonalne wydatkowanie środków publicznych, przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji, jak również niejednoznaczną wykładnię dotyczącą okoliczności umożliwiających zamawiającemu odstąpienie od czynności wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, podjął czynności zmierzające do wyjaśnienia oferty wykonawcy pod względem wystąpienia rażąco niskiej ceny pomimo, że wartość ta jest niewiele mniejsza od wskazanej w przepisach ustawy (art. 224 ust. 2 Pzp). W wyniku powyższego w ocenie zamawiającego, wykonawca w sposób dostateczny wyjaśnił fakt, iż jego oferta nie jest rażąco niska, swoją tezę oparł na szczegółowych wyjaśnieniach (w tym wskazując szczegółowe kalkulacje) oraz przy załączeniu wystarczających dowodów. Zamawiający, biorąc pod uwagę zaistniałe okoliczności (przedmiot zamówienia, wynagrodzenie ryczałtowe z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia, wartość oferty nieznacznie odbiegającą od pozostałych, w tym różnica względem oferty odwołującego wynosząca zaledwie 175 389, 49 zł) uznał przedstawione wyjaśnienia za wystarczające i dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający podkreślił, że konstruując wezwanie do wyjaśnień nie wymagał przedstawienia ściśle określonych dowodów odnosząc się wyłącznie do obowiązku przedstawienia szczegółowych kalkulacji, które mają zawierać m.in. koszty pracy, koszty dojazdu, sprzętu, oferty uzyskane od współpracujących przedsiębiorców, oświadczenia od podmiotów oferujących wykonawcy rabaty (korzystanie z cen specjalnych), itp., jakie miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny i innych dokumentów potwierdzających, że cena oferty nie jest rażąco niska np. wykazanie innych wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy. Ponadto zamawiający w treści wezwania wskazał, że wykonawca w ramach składanych wyjaśnień powinien przedłożyć dowody (nie, że obligatoryjnie jest zobowiązanie złożyć), które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia oraz przewidywany zysk wykonawcy, co ten w wykonaniu wezwania uczynił.

W ocenie zamawiającego wyjaśnienia elementów mających wpływ na ceny miały zostać przedstawione jako konkretne, wyczerpujące i nie mogące pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty. Wobec powyższego, biorąc pod uwagę literalnie treść wezwania do wyjaśnień, w ocenie zamawiającego, wykonawca udokumentował kwestie braku rażąco niskiej ceny w sposób wystarczający. Powyższe stanowisko zamawiający oparł o wywód zawarty w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie, XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 22 grudnia 2021r. (sygn.. akt. XXIII Zs 90/21) [...] zaakcentowania wymaga, że rygor dowodowy, który ustawa nakłada na wykonawcę w przypadku wezwania go do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie oznacza konieczności składania ściśle określonego katalogu dowodów w każdym przypadku oraz odniesienia się do wszystkich zagadnień wskazanych przykładowo w ustawie. Zwrócić przy tym należy uwagę na to, że w wezwaniu zamawiający nie domagał się przedłożenia określonych dowodów na potwierdzenie skalkulowania ceny. Z tych względów nic nie stało na przeszkodzie, aby wykonawcy udowodnili brak rażąco niskiej ceny takimi dowodami, które ich zdaniem uzasadniały przyjętą wycenę zamówienia [...]. Ponadto zwrócić należy uwagę, iż przepisy nie regulują szczegółowo samego zakresu wezwania do wyjaśnień, jak również sposobu w jaki przedłożone dokumenty powinny być weryfikowane w odniesieniu do rażąco niskiej ceny, zamawiający konstruuje wskazane wymogi biorąc pod uwagę obiektywne okoliczności przedmiotu zamówienia. Zdaniem zamawiającego jego stanowisko znajduje potwierdzenie w wyroku KIO z dnia 30 kwietnia 2021 r. (sygn. akt: KIO 804/21), w którym czytamy [...] co istotne, przepisy nie określają ani treści samego wezwania

wykonawcy, stopnia jego szczegółowości, nie precyzują również jakie powinny być zakres oraz treść udzielonych wyjaśnień oraz stopień ich szczegółowości [...].

Zamawiający podniósł również, iż nie bez znaczenia dla sprawy pozostaje fakt, że w postępowaniu obowiązuje wynagrodzenie ryczałtowe. Zgodnie z zapisami rozdziału 15 SWZ cena oferty musi uwzględniać wszystkie zobowiązania wynikające z umowy tj. wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz warunkami SWZ i uwzględniać cały zakres przedmiotu zamówienia (w tym podatki i narzuty). Wartość ryczałtowa obliczona przez wykonawcę winna zostać wpisana odpowiednio do formularza cenowego i na jej podstawie (uwzględniając omyłki) dokonuje się oceny ofert w oparciu o przyjęte kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący w treści odwołania szeroko odnosi się do poszczególnych pozycji wyjaśnień wykonawcy wskazując odpowiednio dla każdej z nich nieprawidłowości, co zdaniem zamawiającego jest zabiegiem zbyt daleko idącym, nie potwierdzającym realnie faktu, iż wykonawca nie zrealizuje zamówienia na warunkach określonych w dokumentacji zamówienia w tym w ramach obowiązującego wynagrodzenia ryczałtowego. Biorąc pod uwagę obszerne orzecznictwo w tym zakresie zamawiający wskazał, że [...] cena oferty jest rażąco niska, tak niska, że skutkuje to brakiem możliwości wykonania zamówienia. Za rażąco niską cenę należy uznawać cenę nierealną,

nieadekwatną do rzeczywistego zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, znacząco odbiegającą od cen przyjętych przez innych wykonawców, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów świadczenia usług [...] (KIO 7114/21). W przedmiotowej sytuacji nie można mówić o ofercie nierealnej, nieadekwatnej do rzeczywistego zakresu, ponieważ różnica pomiędzy poszczególnymi ofertami jest stosunkowo niewielka, wobec czego uznać należy, że oferta wykonawcy MIXON, znajduje się w realiach rynkowych dla tego typu usług. Powyższe stanowisko KIO zostało potwierdzone również w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie, XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 22 grudnia 2021 r. (sygn.. akt. XXIII Zs 90/21) wskazując odpowiednio, iż [...] o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, znacznie odbiegająca od cen rynkowych innych, takich samych lub podobnych rodzajów zamówień, wskazującą na możliwość wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy lub roboty budowlanej lub ofertę zawierającą cenę nierealną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego oraz racjonalnego gospodarowania. W doktrynie i orzecznictwie podnosi się także, że cena rażąco niska to cena nierealna, niepozwalająca na realizację zamówienia, z należytą starannością, wskazującą na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych Wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. Przykładem oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu

zamówienia będzie oferta poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo symboliczna cena [...] (por. wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 maja 2018 r. XXIII Ga 209/18). Zamawiający wskazał, że w rozpatrywanej sprawie nie można mówić, że wykonawca przedstawił ofertę poniżej kosztów własnych, niepozwalającą na wygenerowanie przez niego zysku, bowiem w przedstawionych zamawiającemu wyjaśnieniach wskazał kwotowo jaki zysk osiągnie z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Biorąc pod uwagę ryczałtowy charakter wynagrodzenia [...] Wykonawca ponosi ryzyko wyceny wszystkich elementów przedmiotu zamówienia. Charakterystyczne dla tej formy wynagrodzenia jest to, że zamawiający nie wymaga załączenia do oferty szczegółowych kalkulacji w postaci kosztorysów, gdyż sam sposób kalkulacji ceny ofertowej nie ma wpływu na rozliczenia dokonywane pomiędzy wykonawcą, który uzyskał zamówienie a zamawiającym. Przypomnieć należy bowiem, że wynagrodzenie ryczałtowe polega na wyliczeniu wysokości wynagrodzenia w kwocie stałej, ostatecznej, obejmującej całość realizacji prac opisanych przez zamawiającego w SIWZ. Co do zasady wynagrodzenie ryczałtowe jest zatem niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztów prac i przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r., sygn.. akt: II CKN 913/97). W przypadku przyjętej ryczałtowej formy wynagrodzenia można oczekiwać, że wykonawca, będący profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, dysponować będzie co najmniej założeniami, jeśli nie szczegółowymi kalkulacjami oferowanej ceny, przed złożeniem oferty w postępowaniu, to jednak nie sposób zgodzić się z odwołującym, że treść złożonych wyjaśnień musi umożliwiać czy to zamawiającemu (czy też innym uczestnikom postępowania) weryfikację wszystkich elementów składających się na realizację zamówienia. Ponownie, co należy podkreślić, ustawodawca nie sprecyzował jaka musi być treść

wyjaśnień, składanych w przedmiocie rażąco niskiej ceny [...] (KIO 804/21).

Biorąc zatem pod uwagę ryczałtowy charakter wynagrodzenia w postępowaniu, jak również wskazane orzecznictwo w przedmiotowym zakresie, zamawiający uznał, iż analiza kosztów wykonawcy MIXON przytoczonych w odwołaniu, jest zdaniem zamawiającego za daleko idącą ingerencją w politykę prowadzenia działalności gospodarczej, w tym ponoszonych kosztów i kreowania zysków w ramach składanych ofert.

Na marginesie zamawiający wskazał, iż odwołujący się podnosi m. in. zarzut naruszenia przez wykonawcę składającego wyjaśnienia treści ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, nie wskazując jednak który z przepisów tego obszernego aktu prawnego został w sposób niezauważony przez zamawiającego naruszony. Twierdzenie o obowiązku naliczenia podatku VAT jako kosztu zatrudnienia pracowników uznać należy za całkowicie chybione. Z kolei zarzut zaniżenia kosztów zakupu sprzętu poprzez pominięcie podatku VAT

świadczy o niezrozumieniu istoty podatku od towarów i usług w przypadku przedsiębiorcy, jakim niewątpliwie jest wykonawca. Otóż zgodnie z przepisem art. 86 ust. 1, ust. 2 pkt 1 ww. ustawy w zakresie, w jakim towary i usługi są wykorzystywane do wykonywania czynności opodatkowanych, podatnikowi, o którym mowa w art. 15, przysługuje prawo do obniżenia kwoty podatku należnego o kwotę podatku naliczonego. Kwotę podatku naliczonego stanowi suma kwot podatku wynikających z faktur otrzymanych przez podatnika z nabycia towarów i usług. Z kolei w myśl art. 87 ust. 1 w przypadku gdy kwota podatku naliczonego, o której mowa w art. 86 ust. 2, jest w okresie rozliczeniowym wyższa od kwoty podatku należnego, podatnik ma prawo do obniżenia o tę różnicę kwoty podatku należnego za następne okresy lub do zwrotu różnicy na rachunek bankowy. Innymi słowy: Prawo do odliczenia podatku

naliczonego jest podstawową cechą podatku od wartości dodanej. Zapewnia ono bowiem neutralność tego podatku dla podatników VAT, przy jednoczesnym faktycznym opodatkowaniu konsumpcji. Ma ono zapewniać, że podatek płacony przez podatnika VAT przy nabyciu towarów i usług wykorzystywanych w działalności opodatkowanej nie będzie stanowił dla niego faktycznego kosztu (obciążenia finansowego). Stąd też możliwość odliczenia podatku naliczonego nie stanowi żadnego przywileju dla podatnika, lecz jest jego fundamentalnym i podstawowym uprawnieniem, wynikającym z samej konstrukcji podatku od towarów i usług jako podatku od wartości dodanej. Takie rozumienie prawa do odliczenia podatku naliczonego jest bardzo istotną wytyczną przy wykładni dyrektyw VAT w orzecznictwie ETS. W wielu orzeczeniach bowiem interpretowano regulacje dyrektyw VAT (co wpływało na rozumienie przepisów krajowych) w taki sposób, aby osiągnięta była neutralność podatku dla podatników. Nie można zatem odbierać prawa do odliczenia podatku naliczonego jedynie z powodu niespełnienia warunków formalnych, jakie prawo krajowe nakłada na podatników, jeśli tylko przyznanie w danej sytuacji podatnikowi prawa do odliczenia mieściłoby się w schemacie VAT. W uzasadnieniu orzeczenia z 15.01.1998 r. (C-37/95, Belgische Staat v. Ghent Coal Terminal NV) ETS stwierdził, że system odliczeń podatku oznacza całkowite uwolnienie przedsiębiorcy od obciążeń z tytułu VAT zapłaconego lub należnego (do zapłaty) w prowadzonej działalności gospodarczej. Wspólny system podatku od wartości dodanej zapewnia, że jakakolwiek działalność gospodarcza, bez względu na jej cel oraz rezultat, o ile sama podlega VAT, jest opodatkowana w sposób całkowicie neutralny. (Bartosiewicz Adam, VAT. Komentarz, wyd. XVI, opubl. WKP 2022).

Tym samym zamawiający zreasumował, że nawet gdyby przyjąć, iż badanie wyjaśnień wykonawcy przez zamawiającego w zakresie jego działalności gospodarczej i związanych z tym rozliczeń podatku od towarów i usług było uzasadnione, to podkreślenia wymaga, że opodatkowanie VAT działalności gospodarczej jest opodatkowaniem całkowicie neutralnym. Nabywanie przez wykonawcę towarów (np. stelaże płaskie) wykorzystywanych w działalności gospodarczej (np. realizacja usługi sprzątnia) nie wiąże się bowiem z obciążeniem finansowym — podatkiem VAT, który jest dla podatników VAT neutralny.

Dalej zamawiający wyjaśnił, że odwołujący zarzuca naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3, 7,8 (w związku z art. 224 ust. 6) Pzp, w odpowiedzi na co zamawiający oświadczył, iż uznać je należy za całkowicie nieuzasadnione. We wskazanych okolicznościach nie miał zastosowania art. 226 ust. 6 Pzp wobec czego zamawiający nie podjął czynności niezgodnych z ustawą, na które wskazuje odwołujący. Wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny zostało skierowane do wykonawcy na mocy art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp i w oparciu wskazaną podstawę prawną wykonawca udzielał wyjaśnień. Oferta wykonawcy MIXON została złożona prawidłowo na warunkach jednakowych dla wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wykonawca w sposób dostateczny w odpowiedzi na wezwanie wykazał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, wobec czego jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący zarzucił także zamawiającemu naruszenie art. 224 ust. 1-3, 5 Pzp oraz art. 16 pkt, art. 17 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, które to zarzuty zamawiający uznał w całości za bezpodstawne jako nie znajdujące uzasadnienia w zaistniałym stanie faktycznym.

Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z przepisami ustawy (art. 224 ust. 1 Pzp) wezwał wykonawcę do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny (pomimo obiektywnych okoliczności, o których mowa powyżej uzasadniających brak konieczności dokonania czynności). Zamawiający skonstruował wezwanie do wyjaśnień w sposób dostatecznie umożliwiający weryfikację oferty pod kątem rażąco niskiej ceny (biorąc pod uwagę charakter zamówienia oraz obowiązujące w nim wynagrodzenie ryczałtowe), mając na uwadze fakt, iż art. 224 ust. 3 Pzp wskazuje fakultatywny zakres wezwania tj. zgodnie z przytoczonym artykułem zamawiający nie jest zobowiązany enumeratywnie wskazać w treści wezwania jego zakresu określonego w art. 224 ust. 3 Pzp, gdyż przepis wskazuje na taką możliwość a nie obowiązek. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach w sposób dostateczny, w ocenie zamawiającego, że oferta przez niego złożona nie zawiera rażąco niskiej ceny wobec czego nie można uznać, iż został naruszony art. 224 ust. 5 Pzp.

Zamawiający wskazał, że w całym toku postępowania przeprowadzał je zgodnie z art. 16 pkt 1 Pzp mając na względzie zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz przeprowadzenie jego w sposób przejrzysty i proporcjonalny, wobec czego zarzut niniejszy uznaje się za zupełnie bezzasadny. Ponadto postępowanie zostało przez zamawiającego przeprowadzone zgodnie z zasadami określonymi w art. 17 Pzp mając na względzie w głównej mierze jego przeprowadzenie dla uzyskania najlepszych efektów w stosunku do poniesionych nakładów (co przy wydatkowaniu środków publicznych jest niezwykle istotne). Podkreślenia wymaga fakt, iż odwołujący nie wykazał w jaki sposób zamawiający naruszył wskazane powyżej artykuły Pzp odniósł się wyłącznie do kwestii naruszenia przepisów bez sprecyzowania w jakim zakresie i w jakich okolicznościach doszło do ich naruszenia tj. odwołujący podnosi wyłącznie zarzut niedostatecznego, jego zdaniem, wykazania braku rażąco niskiej ceny w ofercie MIXON (nie biorąc pod uwagę faktu, iż

różnica pomiędzy ofertą odwołującego a wykonawcy jest niewielka) i wyłącznie na tej podstawie kieruje wobec zamawiającego szereg zarzutów przeprowadzenia postępowania niezgodnie z obowiązującymi przepisami. Trudno doszukiwać się m.in. złamania przepisów dotyczących prowadzenia postępowania niezgodnie z art. 16, 17 Pzp w okolicznościach, w których w całym toku postępowania odwołujący nie wnosił zarzutów wobec jego dokumentów a składając ofertę, potwierdzał niejako, że postępowanie zostało przeprowadzone w sposób przejrzysty i proporcjonalny a przeprowadzona przez zamawiającego ocena wszystkich ofert potwierdza, iż zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców została zachowana. Przedstawione przez odwołującego zarzuty stanowią jego indywidualną, subiektywną ocenę, która nie znajduje potwierdzenia w obiektywnych faktach. Reasumując powyższe, w ocenie zamawiającego, przedstawione w treści odwołania zarzuty nie znajdują uzasadnienia.

Zamawiający nie odnalazł również przesłanek dla odrzucenia oferty MIXON na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, gdyż przedstawiona przez wykonawcę treść oferty jest zgodna z warunkami zamówienia. Wykonawcy składający oferty w niniejszym postępowaniu przedstawiali ceny ryczałtowe, czym potwierdzali, że przedstawiając ją na określonym poziomie przyjmują na siebie odpowiedzialność realizacji zamówienia zgodnie z przyjętymi warunkami, w tym zakładając pewne ryzyko gospodarcze. Reasumując powyższe, zamawiający w całości odparł zarzuty stawiane przez odwołującego jako nieznające uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Wobec zarzutu z pkt 2 petitum odwołania tj. zarzutów odwołującego w zakresie zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę MIXON, zamawiający poinformował, że jak w całej treści odpowiedzi na odwołanie, iż w ocenie zamawiającego, wykonawca w sposób dostateczny wykazał, że złożona przez niego oferta nie jest ofertą rażąco niską, wobec czego brak jest przesłanek do zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

W dniu 17 października 2022 r. odwołujący złożył pismo procesowe, w którym zawarł stanowisko wobec argumentacji zamawiającego zawartej w odpowiedzi na odwołanie.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, złożoną do

akt sprawy przez zamawiającego w dniu 14 października 2022 r., w tym w szczególności:

- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ”) wraz z załącznikami;
- ofertę złożoną przez wykonawcę P. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MIXON P. L. z siedzibą w Starym Żaganiu (zwanego dalej jako: „MIXON”);
- wezwanie z dnia 14 września 2022 r. skierowane do wykonawcy MIXON w zakresie rażąco niskiej ceny;
 - wyjaśnienia wykonawcy MIXON złożone pismem z dnia 18 września 2022 r. w odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie wraz z załącznikami;
 - informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 28 września 2022 r.;

2) dokumenty załączone do odwołania:

- wydruk cen odkurzaczy firmy Numatic;
- wydruk cen stelaży - mopów firmy Menda;
- wydruk cen odkurzaczy piorących firmy Numatic;

- wydruk cen wózków dwuwierkowych firmy Merida;
 - wydruk - Odpowiedzi na wnioski wykonawcy z dnia 8 sierpnia 2022 r.;
 - wydruk zestawień powierzchni w kompleksach Świdwin;
 - wydruk danych technicznych Ford Transit;
- 3) dokumenty załączone do pisma procesowego odwołującego z dnia 17 października 2022 r.:
- aneks do umowy nr 400/R/2019 nr 2;
 - aneks do umowy nr 400/R/2019 nr 3;
 - umowę nr 400/R/2019;
 - formularz cenowy- negocjacje;
 - korespondencję e-mail.

Izba ustaliła co następuje

W rozdziale 15 SWZ dotyczącym sposobu obliczenia ceny w pkt 1 zamawiający wskazał - Cena oferty musi uwzględniać wszystkie zobowiązania wynikające z umowy tj. wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz warunkami SWZ i uwzględniać cały zakres przedmiotu zamówienia (w tym podatki i narzuty).

Pismem z dnia 14 września 2022 r. wykonawca MIXON został wezwany na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp do w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, wzywa do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Usługa sprzątnia i utrzymania w czystości powierzchni wewnętrznych” (sygn. sprawy: ZP/26/2022) w zakresie zadania nr 1.

W uzasadnieniu wezwania zamawiający wskazał m. in., że:

Wykonawca zaoferował, że wykona przedmiot zamówienia, w zakresie zadania nr 1, za kwotę 956 526,94 zł, co stanowi 69,95 % średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy, jeżeli cena jest o 30% niższa od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia szczegółowych, odpowiednio umotywowanych wyjaśnień.

Zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia będzie brał pod uwagę, obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia czy koszty pracy.

W związku z powyższym, Zamawiający wzywa do przedłożenia szczegółowych kalkulacji, które mają zawierać m.in. koszty pracy, koszty dojazdu, sprzętu, oferty uzyskane od współpracujących przedsiębiorców, oświadczenia od podmiotów oferujących Wykonawcy rabaty (korzystanie z cen specjalnych), itp., jakie miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny i innych dokumentów potwierdzających, że cena oferty nie jest rażąco niska np. wykazanie innych wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy.

Ponadto, Wykonawca w ramach składanych wyjaśnień powinien przedłożyć dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia oraz przewidywany zysk Wykonawcy.

Wykonawca musi wykazać w sposób szczegółowy w jaki sposób skalkulował cenę jak również fakt, że jest ona rzeczywista i zapewnia należyte i całościowe wykonanie zamówienia. W trakcie oceny przedstawionych przez Wykonawcę wyjaśnień, dotyczących składników cenotwórczych elementów oferty, Zamawiający, podczas przeprowadzania

analizy, weźmie pod uwagę przedstawione przez Wykonawcę - na poparcie złożonych wyjaśnień - dowody. Wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności

kalkulacji ceny oferty.

Wykonawca MIXON złożył wyjaśnienia na powyżej wskazane wezwanie w dniu 18

września 2022 r. W wyjaśnieniach ww. wykonawca przedstawił wyliczenia w zakresie: kosztów zatrudnienia pracowników brutto, kosztów środków higienicznych + kosztów środków chemicznych zgodnie z opisem technicznym, rodzajem wyposażenia, itd. oraz kosztów obsługi kontraktu (sprawowanie nadzoru, dowóz środków, koszty nieprzewidziane, itp.). Do wyjaśnień zostały załączone także dowody w postaci: kopii przelewu dofinansowania z PFRON oraz dwóch kopii faktur zakupowych.

Zawiadomieniem z dnia 28 września 2022 r. zamawiający poinformował wykonawców składających oferty o wyborze najkorzystniejszej oferty we wszystkich czterech częściach zamówienia (w tym na zadanie nr 1). Zgodnie z ww. zawiadomieniem jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy MIXON. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu ofert dla zadania nr 1.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 224 ust. 6 Pzp - 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 podanej w ofercie ceny lub kosztu.;
- art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba zważyła co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba zdecydowała odnieść się do zakresu odwołania, a dokładniej do tego jakie właściwie zarzuty podniósł odwołujący. W tym względzie nie uszło uwadze składowi orzekającemu, że w petitum odwołania zostało wymienionych wiele przepisów, natomiast w uzasadnieniu odwołujący odniósł się i przedstawił argumentację odnoszącą się wyłącznie do zagadnienia rażąco niskiej ceny. Zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 8 Pzp odwołanie zawiera zwięzłe przedstawienie zarzutów, natomiast w pkt 10 ww. przepisu wskazano, że odwołanie ma zawierać wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. W ocenie składu orzekającego samo wskazanie w treści petitum odwołania jednostki redakcyjnej przepisu czy też numeru danego artykułu nie mieści się w określeniu zwięzłego przedstawienia zarzutów. Ponadto w petitum odwołania, przy opisanu podniesionych zarzutów odwołujący odniósł się wyłącznie do okoliczności badania oferty wykonawcy MIXON dla zadania nr 1 w kontekście rażąco niskiej ceny oraz zaniechania jej odrzucenia z tego powodu. Podobnie w uzasadnieniu odwołania nie było żadnej argumentacji, ani nawet wzmianki odnośnie naruszenia innych przepisów niż te odnoszące się do rażąco niskiej ceny. Tym samym Izba uznała, że odwołanie obejmowało wyłącznie zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy MIXON w zakresie zadania nr 1 jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przechodząc do meritum Izba ustaliła, że w ramach postępowania odwoławczego nie zostały zgłoszone przystąpienia, natomiast zarzuty odnosiły się do zagadnienia rażąco niskiej ceny. Zgodnie z art. 537 pkt 2 Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Wykonawca MIXON nie był uczestnikiem postępowania odwoławczego, ponieważ nie zgłosił przystąpienia tym samym ciężar dowodu, 20

że oferta ww. wykonawcy nie zawierała rażąco niskiej ceny w zakresie zadania nr 1 spoczywał na zamawiającym. W ocenie składu orzekającego zamawiający tego ciężaru nie udźwignął.

Zamawiający swoją argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania zawarł w odpowiedzi na odwołanie. Argumentacja zawarta w przedmiotowym dokumencie okazała się nieprzekonująca. W jej ramach zamawiający w pierwszej kolejności wskazał na okoliczność niewielkiego przekroczenia wskaźnika 30%, o którym mowa w przepisie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp, w zakresie ceny oferty wykonawcy MIXON dla zadania nr 1 w stosunku do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert oraz wyjaśnił, że wśród tych ofert jedna była nierealnie wysoka co wpływało na wyliczenia ww. stosunku. Ponadto zamawiający podkreślił, że w omawianym przypadku z powyżej wskazanych powodów rozważał zastosowanie

okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Przedmiotowe rozważania zamawiającego nie zasługiwały na uwzględnienie, ponieważ ostatecznie zdecydował się on wezwać wykonawcę MIXON do wyjaśnień rażąco niskiej cen (wezwanie z 14 września 2022 r.). Jeśli zamawiający był przekonany o tym, że rzeczywście rozbieżność, o której mowa w art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp wynikała z okoliczności oczywistych to powinien był odstąpić od wezwania do składania wyjaśnień. Skoro jednak zdecydował się wezwać wykonawcę do tych wyjaśnień to wezwanie to nastąpiło ze wszystkimi jego konsekwencjami. Tym samym argumentację zamawiającego podniesioną dopiero na etapie postępowania odwoławczego, która wskazywała de facto na podważenie zasadności wezwania, Izba uznała za chybioną.

W dalszej kolejności zamawiający odwoływał się do następujących kwestii obejmujących:

- niewymaganie przez niego załączenia dowodów przez wykonawcę MIXON przy okazji składania wyjaśnień;
- fakt obowiązywania wynagrodzenia ryczałtowego w postępowaniu;
- okoliczność wskazania w wyjaśnieniach przez wykonawcę MIXON zysku jako kwotowo osiągnię z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia.

Argumentacja odnosząca się do powyżej przedstawionych okoliczności, w ocenie Izby, okazała się niezwiązana z okolicznościami sprawy, ponieważ odwołującemu udało się ją podważyć przede wszystkim przez stanowisko odnoszące się do kwestii podatku VAT w stosunku do kosztów wynagrodzenia pracowników realizujących czynności składające się na przedmiot zamówienia.

Jak słusznie zauważył odwołujący przedmiotowa sprawa dotyczyła zamówienia publicznego, którego efektem ma być umowa odpłatna, której przedmiotem będzie świadczenie usług sprzątania, przez co nie mogło ulegać wątpliwości, że ceny w ofertach wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie musiały obejmować podatek od towarów i usług, natomiast sposób wyliczenia wartości podatku powinien być zgodny z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1561), zwaną dalej jako: „ustawa”. Istotną dla wartości podatku jest podstawa opodatkowania oraz właściwa stawka podatku. Zamawiający zdawał się kwestionować objęcie podatkiem kosztów zatrudnienia. Skoro usługą jest każde świadczenie niebędące dostawą towarów, to świadczenie polegające na sprzątaniu 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, 3 i 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. Nie można było tym samym zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, 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. 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 wykonawca uwzględnił VAT w zakresie kosztów zatrudnienia zaoferowana cena byłaby istotnie wyższa i wpłynęłaby na klasyfikację ofert.

Zamawiający właściwie zdefiniował 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 zaprezentował taką argumentację, którą Izba zinterpretowała jako nieuwzględniającą podatku na etapie świadczenia usługi. W przypadku kosztów zatrudnienia, wykonawca powinien był powiększyć koszty o należny VAT, co w konsekwencji przełożyłoby się na ostateczną cenę usługi.

Izba w wyroku z dnia 7 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2003/16 doszła do przekonania, że w analogicznej sprawie stanowisko wykonawcy MIXON w postępowaniu prowadzonym przez innego zamawiającego, 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. Ten sam błąd zdawał się powielać zamawiający w przedmiotowej sprawie. Izba w ww. orzeczeniu zwróciła 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 tożsamych 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.

Potwierdzeniem powyższego jak i racji odwołującego był fakt, naliczenia podatku VAT od wynagrodzeń przez zamawiającego w tożsamym zadaniu jakie obecnie realizuje odwołujący wyłoniony w przetargu postępowania nr ZP/49/2019 zadanie 1 Świdwin - umowa nr

400/R/2019 z dnia 4 grudnia 2019 r., realizowany do 31 grudnia 2022 r. Zgodnie z zawartym aneksem z dnia 25 marca 2020 r. pomiędzy zamawiającym, a odwołującym do umowy 400/R/2019 w sprawie zmian, o których mowa w § 6 ust. 2 lit. b) umowy, w oparciu o Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r. (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1596) ustalono zwaloryzowane wynagrodzenie wykonawcy w

kwocie 2 161 208,50 zł netto powiększoną o VAT wg stawki 23% tj. 497 077,96 zł co daje wartość brutto 2 658 286,46 zł. Następnie w 2021 r zawarto drugi aneks nr 3 z dnia 15 lutego 2022 r. również w sprawie waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy w związku ze zmianami płacy minimalnej i w tym przypadku zamawiający uznał za stosowne naliczenie podatku VAT do wynagrodzeń. Zamawiający podczas negocjacji w korespondencji sam tworzył arkusze kalkulacyjne w których VAT był naliczany do wynagrodzeń automatycznie, co było zrozumiałe dla odwołującego.

Reasumując Izba wzięła pod uwagę argumentację i dowody złożone przez odwołującego oraz argumentację zamawiającego i uznała za adekwatne w przedmiotowej sprawie i zasadne stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 7 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2003/16. Tym samym Izba podzieliła stanowisko odwołującego w zakresie nieprawidłowości przy wyjaśnieniu kosztów zatrudnienia pracowników przez wykonawcę MIXON oraz nie podzieliła stanowiska odwołującego w zakresie pozostałych pozycji kosztowych. W tym wypadku Izba postanowiła wziąć pod uwagę wyliczenia odwołującego, które wskazywały, że w wyniku nieprawidłowości w zakresie kosztów zatrudnienia pracowników faktyczny koszt oferty wykonawcy MIXON dla zadania nr 1 został zaniżony o 157 818,64 zł, co przekroczyło zakładany przez tego wykonawcę zysk - określony w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny na kwotę 150 367,02 zł brutto. W związku z tym Izba doszła do przekonania, że zamawiający naruszył w okolicznościach przedmiotowej sprawy dyspozycję art. 224 ust. 6 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, przez co oferta wykonawcy MIXON powinna zostać odrzucona jako zawierająca rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie zadania nr 1.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględni odwołanie w całości, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu spowodowało, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał badania oferty wykonawcy MIXON w zakresie rażąco niskiej ceny w ramach zadania nr 1.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a) i d) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania, dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz uiszczenia opłaty od pełnomocnictwa (zgodnie ze spisem kosztów złożonym na posiedzeniu).

Przewodniczący: