

Sygn. akt: KIO 904/12
Sygn. akt: KIO 911/12
Sygn. akt: KIO 918/12

WYROK
z dnia 28 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca
Katarzyna Ronikier-Dolańska
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 16 i 23 maja 2012 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 4 maja 2012 r. przez wykonawcę **Impel Cleaning Sp. z o. o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118,**
- B. w dniu 4 maja 2012 r. przez wykonawcę **DC System Sp. z o. o., 04-242 Warszawa, ul. Marsa 56A,**
- C. w dniu 4 maja 2012 r. przez wykonawcę **Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe Sp. z o. o., 50-502 Wrocław, ul. Boczna 2,**

w postępowaniu prowadzonym przez **"Przewozy Regionalne" Sp. z o.o., 03-414 Warszawa, ul. Wileńska 14a,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Zakłady Usługowe "Centrum Usługa" Sp. z o.o., 01-100 Warszawa, ul. Strąkowa 22** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 904/12, KIO 911/12 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **Zakłady Usługowe "Południe" Sp. z o.o., 31-504 Kraków, ul. Lubicz 14** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 904/12, KIO 911/12 po stronie zamawiającego,

- C. wykonawcy **Zakłady Usługowe "Zachód" Sp. z o.o., 60-717 Poznań, ul. Kolejowa 23** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 904/12, po stronie zamawiającego,
- D. wykonawcy **Zakłady Usługowe "Wschód" Sp. z o.o., 20-213 Lublin, ul. Gospodarcza 1** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 904/12, KIO 911/12 po stronie zamawiającego,
- E. wykonawcy **Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe Sp. z o.o., 50-502 Wrocław, ul. Boczna 2** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 911/12 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. 1 oddala odwołania w sprawach sygn. akt KIO 904/12 i KIO 911/12,

1.2 uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 918/12 i nakazuje w zakresie zadań nr 10 i 14:

- unieważnienie czynności unieważnienia postępowania
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy **Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe Sp. z o.o., 50-502 Wrocław, ul. Boczna 2,**
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy **Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe Sp. z o.o., 50-502 Wrocław, ul. Boczna 2,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców **Impel Cleaning Sp. z o. o. 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118, DC System Sp. z o. o. 04-242 Warszawa, ul. Marsa 56A,** i zamawiającego **"Przewozy Regionalne" Sp. z o.o., 03-414 Warszawa, ul. Wileńska 14a** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **45 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców: **Impel Cleaning Sp. z o. o. 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118, DC System Sp. z o. o. 04-242 Warszawa, ul. Marsa 56A** i **Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe Sp. z o. o., 50-502 Wrocław, ul. Boczna 2** tytułem wpisów od odwołań,
- 2.2. zasądza od wykonawców: **Impel Cleaning Sp. z o. o. 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118, DC System Sp. z o. o. 04-242 Warszawa, ul. Marsa 56A** na rzecz **"Przewozów Regionalnych" Sp. z o.o., 03-414 Warszawa, ul. Wileńska 14a** kwotę **3 690 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset dziewięćdziesiąt złotych zero

groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego, w tym: kwotę **1 845 zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc osiemset czterdzieści pięć złotych zero groszy) od wykonawcy **Impel Cleaning Sp. z o. o. 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** oraz kwotę **1 845 zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc osiemset czterdzieści pięć złotych zero groszy) od wykonawcy **DC System Sp. z o.o., 04-242 Warszawa, ul. Marsa 56A,**

- 2.3. zasądza od **"Przewozów Regionalnych" Sp. z o.o. 03-414 Warszawa, ul. Wileńska 14a** na rzecz wykonawcy **Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe Sp. z o. o., 50-502 Wrocław, ul. Boczna 2** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga**.

Przewodniczący:
.....
.....

Sygn. akt: KIO 904/12

Sygn. akt: KIO 911/12

Sygn. akt: KIO 918/12

U z a s a d n i e n i e

"Przewozy Regionalne" Sp. z o.o., 03-414 Warszawa, ul. Wileńska 14a (dalej: „zamawiający” lub „Przewozy Regionalne”) - prowadzą w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Kompleksowa usługa utrzymania w czystości taboru kolejowego”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

19 listopada 2011 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2011/S 223-362484 opublikowano ogłoszenie o zamówieniu.

Pismem z dnia 23 kwietnia 2012 r., zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyniku postępowania oraz o wykluczeniu z postępowania wykonawcy DC System Sp. z o. o., 04-242 Warszawa, ul. Marsa 56A (dalej: „DC System”) w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, a także odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp ofert wykonawców:

- Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe Sp. z o.o., 50-502 Wrocław, ul. Boczna 2 (dalej: „Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe”) na zadania: 10 i 14;
- DC System na zadania: 1, 5, 10, 12, 14;
- Impel Cleaning Sp. z o. o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118 (dalej: „Impel Cleaning”) na zadania: 3, 6, 7, 8, 9, 11, 13, 15;

Zamawiający także odrzucił ofertę DC System na zadania: 1, 5, 10, 12, 14 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp uznając, że została ona złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania. Podstawą odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp zostały objęte oferty wykonawców:

- DC System na zadania: 1, 5, 10, 12, 14;
- Impel Cleaning na zadania: 3, 6, 7, 8, 9, 11, 13, 15.

W części III ww. pisma zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszych ofert na poszczególne zadania, tj. :

- zadanie 1 - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Zakłady Usługowe "Centrum Usługa" Sp. z o.o., 01-100 Warszawa, ul. Strąkowa 22 oraz Interlux s.c. Kania Małgorzata. Kania Łukasz, ul. Marii Dąbrowskiej 2/5, 06-300 Przasnysz (dalej: „Z.U. „Centrum Usługa””);
- zadanie 3 – unieważniono postępowanie w oparciu o art. 91 ust. 1 pkt 1 Pzp;
- zadanie 5 - Zakłady Usługowe "Wschód" Sp. z o.o., 20-213 Lublin, ul. Gospodarcza 1 (dalej: „Z.U. „Wschód””);
- zadanie 6 - Zakłady Usługowe "Południe" Sp. z o.o., 31-504 Kraków, ul. Lubicz 14 (dalej: „Z.U. „Południe””);
- zadanie 7 – Z.U. "Wschód";
- zadanie 8 - Z.U. „Centrum Usługa”;
- zadanie 9 - unieważniono postępowanie w oparciu o art. 91 ust. 1 pkt 1 Pzp;
- zadanie 10 - unieważniono postępowanie w oparciu o art. 91 ust. 1 pkt 1 Pzp;
- zadanie 11 - Zakłady Usługowe "Zachód" Sp. z o.o., 60-717 Poznań, ul. Kolejowa 23 (dalej: „Z.U. „Zachód””);
- zadanie 12 – Z.U. Południe;
- zadanie 13 – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Zakłady Usługowo – Produkcyjno – Handlowe „Pomorze” Sp. z o.o., ul. Narutowicza 22, 70-231 Szczecin, Zakład Handlowo-Usługowy „Hade” Jerzy Dmitriew, ul. Chlebowa 11, 70-006 Szczecin (dalej: „Z.U.P.H „Pomorze””);
- zadania 14 - unieważniono postępowanie w oparciu o art. 91 ust. 1 pkt 1 Pzp;
- zadanie 15 – Z.U. Zachód.

KIO 904/12

4 maja 2012 r. Impel Cleaning wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którego treści zarzucał zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy, przez odrzucenie oferty Impel Cleaning w zadaniu nr 3, 6, 7, 8, 9, 13, 15 pomimo, że oferta złożona przez wykonawcę nie zawiera błędów w obliczeniu ceny;
2. art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: Z.U.H.P. „Pomorze" (zadanie nr 13) oraz Z.U. Zachód (zadanie nr 15) pomimo, że w/w oferty zawierają błędy w obliczeniu ceny;
3. art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy, przez unieważnienie postępowania w zadaniu nr 3 i 9 pomimo, że na zadanie nr 3 i 9 zostały złożone ważne oferty;

4. art. 91 ust. 1 Pzp, przez dokonanie wyboru ofert wykonawców: Z.U.H.P „Pomorze” w zadaniu nr 13 oraz Z.U. Zachód w zadaniu nr 15 pomimo, iż oferty te podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy;
5. art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy, przez odrzucenie oferty Impel Cleaning w zadaniu nr 3, 6, 7, 8, 9 13, 15 pomimo, że jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji.

Impel Cleaning wnosił o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Impel Cleaning z postępowania w zadaniach: 3, 6, 7, 8, 9, 13, 15;
2. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zadaniach: 3 i 9;
3. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniach: 6, 7, 8, 13, 15;
4. dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych w zadaniach: 3, 6, 7, 8, 9, 13, 15.

W uzasadnieniu odwołania Impel Cleaning podnosił:

W zakresie zarzutów wskazanych powyżej w pkt 1 – 4.

Impel Cleaning odwołując się do § 13 ust. 8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz” lub „specyfikacja”) podnosił, że cena ofert złożonych przez wykonawców powinna zawierać należny podatek VAT w wysokości wynikającej z obowiązujących przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 r.) o podatku od towarów i usług (t. j. Dz. U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054) - dalej: „ustawa o VAT”. Zgodnie z art. 5 ust. 2 ustawy o VAT opodatkowaniem tym podatkiem podlega dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju. Zamawiający powołując się na art. 5a ustawy o VAT oraz wyjaśnienia złożone przez jednego z wykonawców - składającego ofertę w przedmiotowym postępowaniu – w oparciu o Polską Klasyfikację Towarów i Usług (PKWiU) - stwierdził, że część usług objętych przedmiotem zamówienia, polegająca na opróżnianiu i płukaniu zbiorników z zamkniętym obiegiem WC - mieści się w grupowaniu PKWiU 37.00.1 - tj.: usługi związane ze ściekami. Usługa oznaczona tym symbolem została umieszczona pod poz. 142 w załączniku nr 3 do ustawy o VAT, który zawiera zestawienie usług objętych obniżonym podatkiem VAT tj.: 8%. Zatem w opinii zamawiającego, cena tej części zamówienia, powinna być wyliczona przy zastosowaniu 8% stawki podatku VAT, zaś pozostałe usługi kompleksowego czyszczenia wagonów mieszczą się w grupowaniu PKWiU 81.29.1 - tj.: usługi w zakresie pozostałego sprzętania i czyszczenia - zatem ich cena powinna być wyliczona z zastosowaniem podstawowej stawki podatku VAT.

Impel Cleaning nie zgadzał się z takim stanowiskiem zamawiającego twierdząc, że jego oferta została przygotowana zgodnie z wymogami określonymi w specyfikacji, w szczególności z dokładnym uwzględnieniem wskazanych przez zamawiającego czynności oraz zgodnie z obowiązującymi przepisami podatkowymi. W opinii Impel Cleaning zaproponowana w ofercie podstawowa stawka podatku VAT tj.: 23% jest prawidłowa. Podkreślał, że usługa czyszczenia wagonów objęta przedmiotem zamówienia ma charakter usługi kompleksowej, na którą składają się czynności podstawowe – ich realizacja jest celem zawartej umowy oraz czynności pomocnicze - których wykonanie ma ułatwić lub jest niezbędne do wykonania usługi podstawowej. Dlatego też zgodnie z przyjętym orzecznictwem w takich sytuacjach wykonawcy są zobowiązani stosować jedną stawkę podatku VAT. Impel Cleaning zwracał uwagę, że zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszych w poszczególnych zadaniach oraz podejmując decyzję o wykluczeniu wykonawców oraz odrzuceniu jego oferty - z uwagi na zarzut błędu w obliczeniu ceny - dał wiarę wyjaśnieniom wykonawcy Z.U. Wschód, który przedstawił pismo z Urzędu Statystycznego w Łodzi wskazujące, iż „Usługi związane ze ściekami” mieszczą się w grupowaniu PKWiU 37.00.1, a „Usługi w zakresie pozostałego sprzątnia i czyszczenia” w PKWiU 81.29.1, jednocześnie pomijając całkowicie wyjaśnienia udzielone przez Impel Cleaning oraz przedstawione przez niego pismo Urzędu Statystycznego w Łodzi, z którego jednoznacznie wynika iż usługi objęte przedmiotem zamówienia mieszczą się w grupowaniu „Pozostałe usługi sprzątnia i czyszczenia, gdzie indziej niesklasyfikowane”. Impel Cleaning wyjaśniał, że kierując zapytanie do Urzędu Statystycznego w Łodzi, w sposób szczegółowy opisał czynności opisane w przedmiocie zamówienia polegające na kompleksowym utrzymaniu w czystości taboru kolejowego, w tym odfekalnianiu zbiorników WC. Odpowiadając na zapytanie ze strony Impel Cleaning - Ośrodek Klasyfikacji i Nomenklatur Urzędu Statystycznego w Łodzi, potwierdził stanowisko Impel Cleaning wskazując, że zgodnie z zasadami metodycznymi Polskiej Klasyfikacji Towarów i Usług (PKWiU), wprowadzonej Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 29 października 2008 r. (Dz. U. Nr 207, poz. 1293, z późn. zm.) kompleksowe utrzymanie w czystości taboru kolejowego, tj.: sprzątnie na zewnątrz i wewnątrz wagonów pasażerskich, elektrycznych zespołów trakcyjnych, autobusów szynowych oraz lokomotyw - mieści się w grupowaniu: PKWiU 81.29.19.0 - Pozostałe usługi sprzątnia i czyszczenia, gdzie indziej niesklasyfikowane. W ocenie Impel Cleaning brak było podstaw do uznania za wiążące przez zamawiającego, stanowiska przedstawionego przez Z.U. „Wschód”, co do prawidłowości zastosowanej przez niego stawki podatku VAT, a zarazem przyjęcia za prawidłowe stanowiska wynikającego z przedstawionego przez niego pisma Urzędu Statystycznego w Łodzi, na które powołuje się zamawiający przy wyborze oraz odrzuceniu ofert. Zdaniem Impel Cleaning istnieje prawdopodobieństwo, że przedstawiony w zapytaniu do Urzędu Statystycznego w Łodzi

przez w/w wykonawcę stan faktyczny nie pokrywa się ściśle z sytuacją zaistniałą w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto, w opinii Impel Cleaning, oferty złożone przez wykonawców: Z.U.P.H „Pomorze” w zadaniu nr 13 oraz Z.U. Zachód w zadaniu nr 15 powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy, ponieważ zawierają błędy w obliczeniu ceny - w/w wykonawcy w swoich ofertach zastosowali nieprawidłową stawkę podatku VAT do części usług objętych przedmiotem zamówienia w wysokości 8%. Z ostrożności procesowej Impel Cleaning podnosił, że nie ma również możliwości poprawienia w ofertach złożonych przez w/w wykonawców stawki podatku VAT jako omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią siwz. Impel Cleaning zaznaczał, że co prawda Sąd Najwyższy uchwałą z dnia 20 października 2011 r. wskazał, iż błędna stawka podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny i może być poprawiona zgodnie z normą art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp, jednakże tylko i wyłącznie przy zaistnieniu niezgodności treści oferty z treścią siwz. Impel Cleaning podkreślał, że w przedmiotowym postępowaniu sytuacja taka nie ma miejsca, gdyż zamawiający w ogóle nie określił w siwz stawki podatku VAT, więc żadna niezgodność oferty względem postanowień SIWZ nie zaistniała.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, przez odrzucenie oferty wykonawcy Impel Cleaning w zadaniu nr 3, 6, 7, 8, 9 13, 15 pomimo, że jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji.

Impel Cleaning wyjaśniał, że zamawiający powyższy zarzut kierowany do jego oferty uzasadniał faktem, iż inny wykonawca - DC System, biorący udział w postępowaniu, w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, wykazał się doświadczeniem Impel Cleaning, który również bierze udział w przedmiotowym postępowaniu. Zdaniem zamawiającego oferty Impel Cleaning oraz DC System nie są wobec siebie konkurencyjne, ponieważ każda z nich dotyczy innych zadań, a łącznie obejmują wszystkie zadania. Zamawiający w uzasadnieniu wskazał również, że z dokumentów złożonych wraz z ofertami ww. wykonawców wynika, że ci wykonawcy są podmiotami powiązаныmi, ponieważ jedynym udziałowcem DC System jest Impel Cleaning. Zdaniem zamawiającego, żaden z wykonawców tzn. Impel Cleaning, jak również wykonawca DC system nie wykazał się posiadaniem doświadczenia, które pozwoliłoby mu na złożenie oferty w każdym zadaniu. Ponadto wg zamawiającego, objęcie ofertami wszystkich zadań stanowi działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, podjęte w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia na skutek nieuprawnionych, niekonkurencyjnych praktyk, prowadzących do naruszenia interesów innych wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia

16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) – zwanej dalej „ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”

Impel Cleaning podkreślał, że w złożonej ofercie uwzględnił wszystkie wymagania zamawiającego, opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwana dalej: „siwz” lub „specyfikacja”) w związku z powyższym decyzję zamawiającego o odrzuceniu jego oferty, uważa w całości za nieuzasadnioną. Zarzuty podnoszone przez zamawiającego nie znajdują uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawa, w tym w szczególności w ustawie Pzp. Impel Cleanig złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę przetargową, bazując na informacjach dotyczących warunków udziału w postępowaniu - w przypadku podziału zamówienia na części, opisanych przez zamawiającego w siwz, w szczególności § 6 ust. 2 pkt 2 siwz oraz w toku udzielonych przez zamawiającego odpowiedzi na pytania wykonawców. Wskazywał, że załączone do oferty przetargowej referencje, potwierdzające należyte wykonywanie usług o zakresie zbliżonym do zakresu niniejszego postępowania przetargowego, winny być dla zamawiającego wystarczające i w pełni potwierdzają spełnienie przez Impel Cleaning warunków udziału w postępowaniu. W odniesieniu do podnoszonych przez zamawiającego wątpliwości w zakresie polegania na doświadczeniu Impel Cleaning przez wykonawcę DC System w opinii Impel Cleanig, nie stanowi to czynu nieuczciwej konkurencji oraz nie jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami, podjętym w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia, na skutek nieuprawnionych i niekonkurencyjnych praktyk. Jego zdaniem ustawa Pzp w obecnym brzmieniu dopuszcza możliwość posługiwania się przez jednego wykonawcę biorącego udział w postępowaniu potencjałem podmiotu z nim powiązanego. Stosownie do treści art. 26 ust. 2b ustawy, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

4 maja 2012 r. Impel Cleaning przekazał zamawiającemu kopię odwołania, którą następnie zamawiający przekazał wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia. W konsekwencji przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili następujący wykonawcy: Z.U. „Centrum Usługa”, Z.U. Południe, Z.U. „Zachód”, Z.U. „Wschód”.

16 maja 2012 r. podczas rozprawy zamawiający przekazał w formie pisemnej odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu

podnosił, że w całości podtrzymuje zasadność czynności odrzucenia ofert wykonawcy, co zostało wyrażone w piśmie z dnia 23 kwietnia 2012 r.

KIO 911/12

4 maja 2012 r. DC System wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którego treści zarzucał zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy, przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, przez uznanie przez zamawiającego, że DC System nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu;
3. art. 89 ust. 1 pkt 3, 5 i 6 ustawy, przez uznanie przez zamawiającego, że oferta DC System podlega odrzuceniu, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny, a ponadto została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu;
4. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, przez zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia ofert wykonawców:
 - a) Z.U. „Centrum Usługa” w zakresie zadania nr 1;
 - b) Z.U. „Wschód” w zakresie zadania nr 5;
 - c) Zakłady Usługowe „EZT” S.A., ul. Modrzewiowa 7, 41-219 Sosnowiec - w zakresie zadania nr 5 (dalej: Z.U. „EZT”);
 - d) Z.U. „Południe” w zakresie zadania nr 12;
5. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, przez wadliwe unieważnienie postępowania, w zakresie zadań nr: 10 i 14;
6. art. 91 ust 1 ustawy, przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

DC System wnosił o:

1. uchylenie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Z.U. „Centrum Usługa” w postępowaniu w zakresie zadania nr 1,
2. uchylenie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Z.U. „Wschód”; w postępowaniu w zakresie zadania nr 5,
3. uchylenie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Z.U. „Południe” w postępowaniu w zakresie zadania nr 12,
4. uchylenie czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadań nr 10 i 14,

5. uchylenia czynności wykluczenia DC System z postępowania oraz uchylenia czynności odrzucenia ofert złożonych przez DC System w zakresie zadań: 1, 5, 10, 12, 14,
6. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niewykluczonych z postępowania w zakresie zadań 1, 5, 10, 12 i 14 oraz nakazania odrzucenia ofert: Z.U. „Centrum Usługa”, Z.U. „Wschód”, Z.U. „EZT” - jako zawierających błąd w obliczeniu ceny.

W uzasadnieniu odwołania DC System podnosił, że zamawiający w zawiadomieniu z dnia 23 kwietnia 2012 r. stwierdził, że nie spełnił on warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, gdyż składając ofertę na zadania 1, 2, 5, 10, 12 i 14 nie przedstawił w wykazie usług żadnej usługi na wymaganą kwotę. W uzasadnieniu zamawiający zarzucił, że DC System przy potwierdzaniu warunku udziału nieskutecznie skorzystał z udostępnienia potencjału przez przedsiębiorcę Impel Cleaning w trybie przepisu art. 26 ust. 2b ustawy. W ocenie zamawiającego Impel Cleaning, który również ubiega się o udzielenie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, legitymując się na poświadczenie spełniania rzeczowego warunku, tą samą wiedzą i doświadczeniem, które udostępnia, „wykorzystał” owy potencjał w sposób uniemożliwiający przyjęcie zobowiązań, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy. W ocenie DC System czynność dokonana przez zamawiającego jest bezpodstawna, gdyż kwestia dopuszczalności powołania się przez kilku wykonawców ubiegających się o udzielenie danego zamówienia na potencjał tego samego podmiotu trzeciego, została jednoznacznie przesądzona w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto podkreślał, że także okoliczność udostępnienia, o którym mowa powyżej, dotyczy co prawda jednego postępowania, ale podmiot udostępniający nie jest jednocześnie wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia, w zakresie tych samych zadań, co DC System. Przedstawione wyżej stanowisko znalazło także potwierdzenie w wyroku z dnia 27 kwietnia 2012 r. (sygn. akt: KIO 733/12, KIO 738/12). Zamawiający uzasadniając wykluczenie DC System z postępowania, powołując się na stanowisko UZP zaprezentowane w opinii „Warunki dopuszczalności powoływania się przez wykonawcę na referencje osób trzecich w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu” wskazywał, że „doświadczenie nie stanowi dobra materialnego czy też niematerialnego, który może być przedmiotem samodzielnego obrotu. Doświadczenie stanowi bowiem składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa. Nie jest więc możliwe udostępnianie doświadczenia bez jednoczesnego udostępniania przedsiębiorstwa”. Zdaniem zamawiającego Impel Cleaning nie mógł zobowiązać się do udostępnienia doświadczenia innemu wykonawcy, skoro tę

część przedsiębiorstwa, z którą związane było doświadczenie, postanowił zaangażować w realizację własnej oferty. Tym samym zamawiający uznał, że udostępnienie na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy, z uwagi na naturę ww. zobowiązania, dopuszczalne jest wyłącznie w formie podwykonawstwa.

W odpowiedzi na powyższe DC System podnosił, że posługiwanie się przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, udostępnionym potencjałem lub wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego, nie przesądza o systemie wykorzystywania tychże składników przedsiębiorstwa w realizacji zamówienia. Oświadczenie o udostępnieniu potencjału, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy, nie jest bowiem dokumentem obrazującym w sposób szczegółowy organizację przyjętej metody spełnienia świadczenia. Bezsprzecznym jest, że udostępnienie, o którym mowa, przybrać może różne formy. Podwykonawstwo, jest jedną z jego dopuszczalnych i najbardziej oczywistych form. W ocenie DC System niedopuszczalnym jest na gruncie Pzp, wykluczenie z postępowania wykonawcy, na podstawie domniemań lub założeń zamawiającego, dotyczących sposobu wykorzystywania przez podmiot ubiegający się o zamówienie, potencjałów udostępnionych w myśl art. 26 ust. 2b ustawy. DC System podkreślał, że udostępnienie, z którego skorzystał, ściśle odpowiada wymogom ustalonym przepisami ustawy i potwierdza spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu.

Zarzut odrzucenia ofert DC System w trybie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp z uwagi na to, że ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

DC System podnosił, że zamawiający w ww. zawiadomieniu stwierdził, że udostępnienie potencjałów na podst. art. 26 ut. 2b ustawy, pomiędzy podmiotami powiązаныmi stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zamawiający uzasadniał, że oferty takich wykonawców, (w postępowaniu DC System Sp. z o.o. i Impel Cleaning) nie są wobec siebie konkurencyjne, ponieważ każda z nich dotyczy innych zadań a łącznie obejmują wszystkie zadania. W ocenie zamawiającego działanie takie stanowi działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, zmierzające do uzyskania zamówienia na skutek niekonkurencyjnych praktyk prowadzących do naruszenia interesów innych wykonawców.

DC System wyjaśniał, że Pzp jednoznacznie wskazuje, że wykonawca w postępowaniu może złożyć tylko jedną ofertę. Za wykonawcę uważa się osobę fizyczną osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego (art. 1 pkt 11 ustawy). W związku z powyższym podmioty powiązane kapitałowo nie są uznawane za jednego wykonawcę. Stanowisko zamawiającego, że DC System i Impel Cleaning złożyły w istocie jedną ofertę, nie znajduje

uzasadnienia w przepisach prawa. Istotnym jest także, że w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej Pzp nie wyłącza możliwości składania ofert w tym samym postępowaniu przetargowym przez wykonawców powiązanych kapitałowo lub osobowo, a wskazana okoliczność nie jest wystarczająca do stwierdzenia zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji (wyrok KIO z dnia 27 września 2011 r. sygn. akt KIO 1962/11, KIO 1963/11).

DC System podnosił również, że działania opisane przez zamawiającego jako podstawa odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp), w myśl obowiązujących przepisów nie stanowią czynu nieuczciwej konkurencji.

Wskazywał, że na gruncie Pzp Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, że "zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji powinien być udowodniony oraz uzasadniony przez przytoczenie konkretnego przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zarzut naruszenia uczciwej konkurencji powinien być stwierdzony dowodami i absolutnie nie może opierać się tylko i wyłącznie na hipotezach nie znajdujących odzwierciedlenia w rzeczywistości." (wyrok KIO z dnia 29 grudnia 2011 r. sygn. akt KIO 2672/11). Ponadto zauważyć także trzeba, że „dla stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji istotne jest bowiem wykazanie, że takie zachowanie doprowadziło do eliminacji innych podmiotów z rynku" (wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2012 r. sygn. akt 2737/11)

DC System zwracał uwagę, że zamawiający uzasadniając odrzucenie ofert obu wykonawców wskazał, że naruszone zostały dobre obyczaje. Zamawiający zarzucał, że DC System i Impel Cleaning, udostępniły i skorzystały z potencjału udostępnionego niezgodnie z przepisami ustawy, a w konsekwencji naruszając również przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. DC System podkreślał, że przedmiotowe udostępnienie, jak zostało wykazane powyżej, dokonane zostało zgodnie z przepisami prawa. Jednocześnie podnosił, że sam fakt udostępnienia potencjału nawet pomiędzy spółkami powiązanymi, nie stanowi naruszenia, któregośkolwiek z dobrych obyczajów kupieckich. Nie jest bowiem prawdą, jak twierdzi zamawiający w ww. uzasadnieniu, że tylko DC System i Impel Cleaning mogły ubiegając się o udzielenie zamówienia, stworzyć ofertę obejmującą wszystkie zadania lub też, że tworząc taką ofertę naruszyły jakiegokolwiek prawa innych wykonawców albo swoim działaniem spowodowały ich dyskryminację poprzez ograniczenie dostępu do rynku. Każdy z wykonawców w postępowaniu mógł bowiem wykazać się doświadczeniem i wiedzą podmiotu trzeciego. Fakt, iż żaden z ww. wykonawców nie był zainteresowany złożeniem oferty dla większej ilości lub wszystkich zadań występując, bądź to jako konsorcjum bądź to korzystając z udostępnienia, o którym mowa w art. 26 ust. 2b Pzp, nie stanowi dowodu, że DC System i Impel Cleaning naruszyły zasady uczciwej konkurencji lub dobre obyczaje. DC System podkreślał, że złożenie lub nie oferty w postępowaniu jest niezależną i suwerenną decyzją każdego z wykonawców. Tak więc DC System nie naruszył ani też nie zagroził

swoim działaniem prawom swoich konkurentów. Także uprawnienie klienta - zamawiającego - nie doznały uszczerbku.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez odrzucenie oferty DC System, gdyż zawiera ona błąd w obliczeniu ceny

DC system wyjaśniał, że zamawiający w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia jego oferty wskazał, że zgodnie z polską Klasyfikacją Wyrobów i Usług (PKWiU) - część usług objętych przedmiotem zamówienia, polegającą na opróżnianiu i płukaniu zbiorników z zamkniętym obiegiem WC mieści się w grupowaniu PKWiU 37.00.1 - „Usługi związane ze ściekami”. Usługa oznaczona tym symbolem statystycznym została umieszczona pod poz. 142 w załączniku nr 3 do ustawy o VAT, który zawiera zestawienie usług objętych obniżonym podatkiem VAT 8%. Zatem cena tej części przedmiotu zamówienia powinna być wyliczona przy zastosowaniu 8% stawki podatku VAT. Zamawiający powołał się ponadto na stanowisko Urzędu Statystycznego w Łodzi, które przedstawione zostało w postępowaniu w związku z wyjaśnieniami jednego z wykonawców odnośnie obliczenia ceny a także na interpretacje Izby Skarbowej w podobnych sprawach. W odpowiedzi na powyższe DC System podnosił, że w postępowaniu, stawka podatku VAT wskazana i przyjęta została prawidłowo tj. zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy o VAT. Usługa stanowiąca przedmiot zamówienia tj.: kompleksowe utrzymanie czystości taboru kolejowego, co do zasady, kwalifikowana jest zgodnie z obowiązującym PKWiU pod numerem: 81.29.10.0 - Pozostałe usługi sprzątnia i czyszczenia gdzie indziej niesklasyfikowana. Usługi te objęte są podstawową stawką podatku VAT. Mając na względzie, że na ww. przedmiot zamówienia składa się szereg czynności, DC System ustalając stawkę podatku od towarów i usług w postępowaniu kierował się także stanowiskiem Naczelnego Sądu Administracyjnego zgodnie, z którym: „przy czynnościach o charakterze kompleksowym (...), na które składa się czynność podstawowa, będąca celem umowy zawartej przez podatnika z klientem, a także czynności pomocnicze niezbędne do wykonywania czynności podstawowej, ustalając właściwą stawkę podatku od towarów i usług, należy przyjmować jedną stawkę dla całego kompleksu czynności, biorąc pod uwagę charakter czynności podstawowej” (wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 5 lipca 2006 r. sygn. akt: I FSK 945/05 opublikowane w ONSAiWSA 2007/4/91) oraz Sądu Administracyjnego w Krakowie tj.: „(...) istnieje grupa usług o charakterze złożonym, w skład których może wchodzić szereg innych, odrębnych usług, Pojedyncze świadczenie ma miejsce zwłaszcza wtedy, gdy jedną lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas gdy inny lub inne traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania co do usługi zasadniczej. Usługę należy uznać za usługę pomocniczą do usługi zasadniczej, jeśli nie

stanowi ona dla podatnika celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej." (wyrok Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 2 października 2008 r. sygn. akt: I/SA/Kr 128/07).

DC System podnosił również, że przywołane przez zamawiającego uzasadnienie dla obowiązku stosowania różnych stawek podatku VAT, nie znajduje zastosowania w przedmiotowej sytuacji. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem w przypadku świadczenia o charakterze kompleksowym składającego się z czynności podstawowej, której wykonanie było celem zawartej umowy oraz czynności pomocniczej, które wykonanie umowy miały ułatwiać lub też być niezbędnymi do jej wykonania, stosować należy jedną stawkę podatku VAT. Powyższy pogląd potwierdził ETS w wyroku z dnia 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd (CPP) v. Commissioners of Customs and Excise (Wielka Brytania). Trybunał uznał, że „w celu ustalenia dla celów VAT, czy świadczenie usług obejmujące kilka części składowych należy traktować jako jedno świadczenie, czy też jako dwa lub więcej świadczeń wycenianych odrębnie, należy przede wszystkim wziąć pod uwagę treść artykułu 2(1) VI Dyrektywy, zgodnie z którym każde świadczenie usług powinno być traktowane jako odrębne i niezależne oraz fakt, iż świadczenie obejmujące z ekonomicznego punktu widzenia jedną usługę nie powinno być sztucznie dzielone, co mogłoby prowadzić do nieprawidłowości w funkcjonowaniu systemu podatku VAT. Pojedyncze świadczenie ma miejsce zwłaszcza wtedy, gdy jedną lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas gdy inny lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania, co do usługi zasadniczej, Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeśli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej.". Ponadto, pochylając się nad przedmiotową kwestią w wyroku z dnia 2 maja 1996 r., w sprawie C-231/94 Faaborg-Gelting Linen ETS orzekł, że jeżeli transakcja składa się z zespołu świadczeń i czynności, należy wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności, w jakich dokonywana jest rozpatrywana transakcja celem określenia, po pierwsze, czy są to dwa lub więcej niż dwa świadczenia odrębne, czy też jednolite świadczenie, a po drugie, czy w tym ostatnim przypadku owo jednolite świadczenie powinno zostać zakwalifikowane jako świadczenie usługi.

DC System zauważał jednocześnie, że zaprezentowane stanowisko znajduje także odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i tak np.: w myśl wyroku KIO z dnia 14 stycznia 2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1827/09) „Gdy czynność ma charakter kompleksowy, o jej istocie, a zarazem wysokości stawki VAT, powinna przesadzać czynność główna.” – w wyroku KIO z dnia 7 stycznia 2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1845/09) „W przypadku czynności o kompleksowym charakterze, na które składa się czynność podstawowa, której wykonanie było celem umowy zawartej przez podatnika z klientem, a

także czynności pomocnicze niezbędne do wykonania czynności podstawowej, ustalając właściwą stawkę podatku od towarów i usług należy przyjmować jednolitą stawkę dla całego kompleksu czynności, biorąc pod uwagę charakter czynności podstawowej.". Ponadto zdaniem DC System podkreślenia wymaga także, znaczenie w systemie prawa interpretacji podatkowej. Zgodnie z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie z dnia 24 września 2008 r. (sygn. akt I SA/OI 378/08): „Instytucja interpretacji prawa podatkowego uregulowana w art. 14a - 14c o.p. nie polega na stosowaniu prawa w pełnym zakresie, a ogranicza "działanie" organu do przedstawienia stronie własnego rozumienia normy prawnej oraz jej zastosowania do podanego przez stronę stanu faktycznego". Istota i skuteczność interpretacji indywidualnych oraz rola w systemie prawa podatkowego organów uprawnionych do ich wydawania została wskazana także w uzasadnieniu wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 20 listopada 2007 r. (sygn. akt I SA/Łd 441/07), w którym zostało wskazane, że: „Interpretacje nie są źródłem prawa, nie są też źródłem obowiązków, stąd nie wiążą one podatników w ramach przedstawionego przez nich stanu faktycznego. Pismo rozstrzygające interpretacje nie jest rozstrzygnięciem władczym, nie ma także charakteru aktu stosowania prawa. Wydając postanowienie zawierające interpretację organ podatkowy nie ustanawia żadnej normy indywidualnej, lecz jedynie przedstawia swój pogląd dotyczący rozumienia treści przepisów prawa podatkowego i sposobu ich zastosowania w odniesieniu do określonej sprawy indywidualnej". Rola, jaką pełnią interpretacje indywidualne oraz rola wydających je organów nie pozbawia innych podmiotów uprawnienia do dokonywania oceny i weryfikacji stosowania przepisów prawa podatkowego, w tym samym nie powoduje również, iż podmioty te dokonując takiej oceny bezprawnie wkraczają w kompetencje organów podatkowych -wyrok z dnia 26 maja 2010 r., sygn. akt: KIO 845/10.

Z uwagi na powyższe DC System podkreślał, że dla ustalenia prawidłowej stawki podatku od towarów i usług dla usługi objętej przedmiotem zamówienia, niewystarczającym jest wyłącznie odwołanie do interpretacji podatkowych wydanych w podobnych, lecz nie identycznych sprawach. Ustalenie ww. stawki podatku VAT, zdaniem DC System, dokonywane powinno być również w wyniku analizy postanowień siwz pod kątem: usługa dominująca - usługa pomocnicza. Stawisko takie zajęła również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 stycznia 2012 r. (sygn. akt: 2794/11). Ponadto nie bez znaczenia jest także, że kwestia stawki podatku VAT, którą obłożona jest usługa, zinterpretowana została w sposób niejednolity przez wykonawców biorących udział w postępowaniu a zamawiający, jak wskazał w uzasadnieniu odrzucenia, dał wiarę wyłącznie wyjaśnieniom jednego z przedsiębiorców ubiegających się o zamówienie. W ocenie DC System działanie takie nosi znamiona dyskryminacji i stanowi naruszenie zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy. Zamawiający nie wskazał bowiem przyczyn, dla których nie uznał za prawidłowe wyjaśnień

wykonawców, których oferty zostały odrzucone, a za właściwe przyjął wyłącznie wymienione w treści ww. zawiadomienia o odrzuceniu. Brak podstaw, aby za uzasadnienie takie uznać sformułowanie, że „ten sposób kwalifikowania (...) potwierdza praktyka ustalona w interpretacjach Izby Skarbowej w podobnych sprawach”. Jak zauważył sam zamawiający stanowisko swoje opiera na interpretacjach „w podobnych sprawach” a rzeczony opinie nie są źródłem prawa. Zważywszy na okoliczność, że w dokumentach postępowania nie została oznaczona stawka podatku VAT, którą wykonawcy zobowiązani byli zastosować do obliczenia ceny oferty, w przypadku rozbieżnych wyjaśnień i opinii różnych wykonawców, nie sposób uznać, że stanowisko jednego z podmiotów zainteresowanych uzyskaniem zamówienia jest prawidłowe a innych, stanowiących niemal połowę wykonawców biorących udział w postępowaniu, nie. Arbitralne uznanie przez zamawiającego oznaczonej stawki podatku VAT za właściwą do obliczenia ceny, na obecnym etapie postępowania, kwalifikować bowiem należy za niedopuszczalną zmianę treści specyfikacji. Zamawiający nie jest bowiem w myśl obowiązujących przepisów prawa organem uprawnionym do wykładni przepisów prawa podatkowego.

Ponadto odnosząc się do samej treści wyjaśnień, którym zamawiający dał wiarę, DC System zauważał, iż zakładają one sposób wykonania zamówienia odmienny od przyjętego w specyfikacji. Prawdą jest, co do zasady, że zamawiający zlecał będzie indywidualnie wykonywanie czynności polegających opróżnianiu i płukaniu z zamkniętym obiegiem WC jednakże nie można przyjąć, że czynność ta wykonywana będzie niejako poza ogólnym świadczeniem usług kompleksowego utrzymania czystości. Zamawiający w § 1 pkt 6 Załącznika nr 9 do siwz wprost wskazał, że czynność, o której mowa powyżej, nie stanowi świadczenia odrębnego, ale jest jednym z wymaganych działań niezbędnych do prawidłowego wykonania umowy. Powyższe znajduje także potwierdzenie w sposobie „fakturowania” usługi. Zamawiający jednoznacznie opisał, że należność za wykonaną sumę usług obliczona zostanie w oparciu o ceny jednostkowe. Brak więc podstaw, aby przyjąć, że wolą czy choćby intencją zamawiającego było wyłączenie rzeczony usługi spod ogólnego jednolitego reżimu rozliczania świadczenia i wyłączenie także do działań nieobjętych podstawowym zasadniczym przedmiotem zamówienia. Stąd w ocenie DC System brak podstaw, aby przyjąć ww. wyjaśnienia wykonawcy za prawidłowe.

W związku z powyższym, a również z uwagi na bezsporną okoliczność, że przedmiot zamówienia oznaczony został przez zamawiającego w siwz jako usługa kompleksowa, to niedopuszczalnym jest sztuczne i nieuzasadnione potrzebami prawidłowego wykonania świadczenia, stosowanie dla ww. jednolitej usługi, różnych stawek podatku od towarów i usług. Tym samym cena podana przez DC System skalkulowana została prawidłowa. W konsekwencji, a cantrario, bezsprzecznym jest także, że ceny skalkulowane przez wykonawców, których oferty uznane zostały na najkorzystniejsze w przedmiotowym

postępowaniu zawierają błąd, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp i podlegają odrzuceniu.

4 maja 2012 r. DC System przekazał zamawiającemu kopię odwołania którą następnie zamawiający przesłał wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Z zachowaniem terminu wskazanego w art. 185 ust. 2 ustawy do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili przystępującego następujący wykonawcy: Z.U. „Centrum Usługa”, Z.U. Południe, Z.U. „Wschód”, Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe.

16 maja 2012 r. podczas rozprawy zamawiający przekazał w formie pisemnej odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu podnosił, że w całości podtrzymuje zasadność czynności odrzucenia ofert wykonawcy zawartą w piśmie z dnia 23 kwietnia 2012 r.

KIO 918/12

4 maja 2012 r. Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którego treści zarzucał zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, przez bezzasadne odrzucenie oferty Dolnośląskiego Przedsiębiorstwa Usługowego z powodu zastosowania błędnej 23 % stawki VAT dla usługi polegającej na opróżnianiu i płukaniu zbiorników z zamkniętym obiegiem WC.
2. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, przez unieważnienia postępowania w zakresie zadań nr 10 oraz nr 14, z powodu braku oferty nie podlegającej odrzuceniu, podczas gdy oferta Dolnośląskiego Przedsiębiorstwa Usługowego jest prawidłowa i nie powinna podlegać odrzuceniu.

Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe wnosiło o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadań nr 10 oraz nr 14;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Dolnośląskiego Przedsiębiorstwa Usługowego w zakresie zadania nr 10 oraz nr 14;
3. dokonania ponownego badania i oceny ofert w zakresie zadania nr 10 oraz nr 14 z uwzględnieniem oferty Dolnośląskiego Przedsiębiorstwa Usługowego;
4. wyboru oferty Dolnośląskiego Przedsiębiorstwa Usługowego jako oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 10 oraz nr 14.

W uzasadnieniu odwołania wykonawca podnosił, że przedmiotem sporu nie jest klasyfikacja PKWiU poszczególnych usług wchodzących w skład usługi kompleksowej i odnoszące się do nich stawki podatku VAT. Istota sporu polega na tym, czy w w/w postępowaniu mamy do czynienia z usługą kompleksową, czy też z usługami odrębnymi. Zdaniem Dolośląskiego Przedsiębiorstwa Usługowego, przedmiotowe postępowanie dotyczy usługi kompleksowej utrzymania w czystości taboru kolejowego (co potwierdza m.in. nazwa postępowania nadana przez zamawiającego). Powoduje to, że wszystkie cząstkowe usługi wchodzące w jego zakres, powinny być objęte jednolitą stawką podatku VAT. W tym przypadku usługą główną jest sprzątanie i czyszczenie taboru kolejowego, które jest grupowane w PKWiU 81.29.1 - „Usługi w zakresie pozostałego sprzątania i czyszczenia” i podlega opodatkowaniu 23% stawką podatku VAT. Problematyka związana z usługami złożonymi nie została uregulowana w przepisach dotyczących podatku VAT, jednakże w świetle utrwalonej linii orzeczniczej ETS oraz sądów powszechnych, w przypadku gdy ma się do czynienia z usługą (świadczeniem) złożoną (kompleksowym) to należy ją opodatkować wg stawki podatkowej właściwej dla czynności głównej (zasadniczej). Stanowisko to potwierdza Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 5 lipca 2006 r. I FSK 945/2005, zgodnie z którym „przy czynnościach o charakterze kompleksowym (...), na które składa się czynność podstawowa, będąca celem umowy zawartej przez podatnika z klientem, a także czynności pomocnicze niezbędne do wykonywania czynności podstawowej, ustalając właściwą stawkę podatku od towarów i usług, należy przyjmować jednolita stawkę dla całego kompleksu czynności, biorąc pod uwagę charakter czynności podstawowej.” Dodatkowo należy wskazać, iż „(...) istnieje grupa usług o charakterze złożonym, w skład których może wchodzić szereg innych, odrębnych usług. Pojedyncze świadczenie ma miejsce zwłaszcza wtedy, gdy jedną lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas gdy inny lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania, co do usługi zasadniczej. Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeśli nie stanowi ona dla podatnika celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej.” (wyrok Sądu Administracyjnego w Krakowie z 2 października 2008 r. I SA/Kr 1228/2007).

Mając powyższe na uwadze istotne jest ustalenie, czy w w/w postępowaniu ma się do czynienia z usługą kompleksową czy z usługami niezależnymi. W zdefiniowaniu usług kompleksowych pomocne jest orzecznictwo ETS. W wyroku w sprawie C-349/96 Trybunał uznał po pierwsze, że każde świadczenie usług powinno być, co do zasady, traktowane jako świadczenie odrębne i niezależne, po drugie zaś, świadczenie składające się z jednolitej usługi (z ekonomicznego punktu widzenia) nie powinno być w sztuczny sposób dzielone, gdyż mogłoby to spowodować naruszenie całego systemu opodatkowania. Ponadto świadczenie jednolitej usługi ma miejsca w szczególności w przypadkach, gdy jeden lub

więcej elementów może być uznany za tworzący świadczenie (usługę) główne podczas, gdy jeden lub więcej elementów mogą być uznane za świadczenie (usługi) dodatkowe, do których stosuje się te same konsekwencje podatkowe, jak w przypadku świadczenia (usługi) głównego. Usługa musi być uznana za dodatkową w stosunku do usługi głównej, jeśli nie stanowi dla nabywcy celu samego w sobie, ale środek do lepszego wykorzystania dostarczonej usługi głównej. Podobne stanowisko zajął Minister Finansów w piśmie z dnia 30 marca 2012 r., w którym stwierdził, iż transakcja złożona z jednego świadczenia w aspekcie ekonomicznym nie powinna być sztucznie rozdzielana, by nie pogarszać funkcjonalności systemu VAT. Ponadto, w pewnych okolicznościach, formalnie odrębne transakcje, które mogą być wykonywane oddzielnie, a zatem które mogą oddzielnie prowadzić do opodatkowania lub zwolnienia, należy uważać za jedną transakcję, jeśli nie są one od siebie niezależne. Ponadto podczas ustalania, czy transakcja składa się z zespołu świadczeń i czynności, czyli czy jest to świadczenie kompleksowe, należy wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności, w jakich dokonywana jest rozpatrywana transakcja.

Podnoszono, że na realizację kompleksowych usług utrzymania w czystości taboru kolejowego składa się szereg różnorodnych czynności: mycie, czyszczenie, zamiatanie, odkurzanie, dezynfekcja powierzchni i wyposażenia wewnątrz taboru; usuwanie śmieci, zanieczyszczeń przez wybranie i wysypanie w przeznaczonym do tego celu miejscu; czyszczenie, odplamianie, odkurzanie siedzeń, wykładzin, chodników; mycie, czyszczenie, usuwanie graffiti, w okresie zimowym usuwanie śniegu i lodu z zewnętrznych powierzchni taboru; mycie, czyszczenie, dezynfekcja kabin WC; udrażnianie rur spustowych oraz umywalek z zastosowaniem środka dezynfekującego; wyposażenie wagonów w pakiet sanitarny; wybieranie (opróżnianie) nieczystości z wagonów z zamkniętym obiegiem WC, wywóz śmieci z oczyszczonych wagonów. Czynności te są względem siebie komplementarne i składają się na jedną całość, tj. na usługę kompleksowego utrzymania w czystości taboru kolejowego. Z analizy przedmiotowego postępowania w ocenie Dolośląskiego Przedsiębiorstwa Usługowego jednoznacznie wynika, iż świadczeniem wykonawcy w tym postępowaniu jest usługa kompleksowa z ekonomicznego punktu widzenia. Wsazuje na to zarówno nazwa nadana postępowaniu jak i pozostałe okoliczności. Zgodnie z § 4 siwz przedmiotem zamówienia jest świadczenie kompleksowej usługi utrzymania w czystości taboru kolejowego tj. wagonów osobowych, elektrycznych zespołów trakcyjnych, autobusów szynowych i lokomotyw. Szczegółowy zakres kompleksowej usługi utrzymania w czystości taboru kolejowego dla każdego z zadań oraz szczegółowy opis wymagań dotyczących utrzymania w czystości taboru kolejowego zawiera załącznik nr 9 do siwz - wzór umowy. Ponadto w § 2 umowy, zamawiający wskazuje, że przedmiotem umowy jest świadczenie kompleksowej usługi utrzymania w czystości taboru kolejowego na terenie Zakładu Przewozów Regionalnych w ... W § 2 ust. 3 umowy zamawiający określa, iż

kompleksowa usługa utrzymania w czystości taboru kolejowego obejmuje: 1) poziomy utrzymania w czystości wagonów osobowych (... itd.). Zdaniem Dolośląskiego Przedsiębiorstwa Usługowego oznacza to, że z ekonomicznego punktu widzenia, wszelkie czynności/usługi związane z utrzymaniem w czystości taboru kolejowego wykonywane przez wykonawcę usługi powinny być objęte jednolitą stawką podatku VAT właściwą dla świadczenia głównego, którym jest utrzymanie w czystości taboru kolejowego grupowane w PKWiU 81.29.1 - „Usługi w zakresie pozostałego sprzątnięcia i czyszczenia” opodatkowane 23% stawką podatku VAT i nie powinna być z nich sztucznie wydzielana żadna usługa. Świadczeniem zasadniczym (a zarazem sensem ekonomicznym realizacji przedmiotu zamówienia dla zamawiającego) jest utrzymanie czystości taboru, tj.: kompleksowe sprzątnięcie, umycie, oczyszczenie, dezynfekcja tego taboru (wewnątrz i na zewnątrz wraz z całym wyposażeniem), a w konsekwencji zadowolenie pasażerów. Na zależny charakter usług polegających na „opróżnianiu i płukaniu zbiorników z zamkniętym obiegiem WC”, wskazują również postanowienia pkt 1 ppkt 11) Załącznika nr 3 do umowy, gdzie zamawiający jednoznacznie stwierdza, iż wykonywanie opróżniania i płukania zbiorników z zamkniętym obiegiem WC będzie wykonywane wraz z poziomem utrzymania w czystości PUC2, PUC4 PUC4n natomiast na poziomie PUC1 - w zależności od potrzeb i warunków miejscowych.

Dolośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe wskazywało, że nie bez znaczenia dla uznania wszystkich usług jako usług/świadczeń kompleksowych jest analiza historyczna. W poprzednich postępowaniach dotyczących usługi kompleksowego utrzymania w czystości taboru kolejowego usługa ta była objęta jednolitą (22%) 23% stawką podatku VAT. W okresie realizacji poprzedniej umowy nie nastąpiła taka zmiana przepisów, która by uzasadniała zmianę podejścia zamawiającego do kwestii opodatkowania usługi kompleksowego utrzymania w czystości taboru kolejowego. Należy również wskazać, iż zamawiający błędnie powołał się na interpretacje podatkowe izb skarbowych, ponieważ nie odnoszą się one do usług kompleksowych, lecz do poszczególnych rodzajów usług i dotyczą stawek podatku VAT pojedynczych usług a nie usługi kompleksowej. Oznacza to, że przywołane interpretacje nie mają zastosowania w niniejszej sprawie, ponieważ odnoszą się do zupełnie innych kwestii podatkowych niezwiązanych z usługami kompleksowymi.

Dolośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe podnosiło również, iż na kompleksowy charakter usługi wskazuje sposób wyliczania ceny określony w § 13 siwz. W ust. 3, zamawiający wymagał, aby wykonawca obliczył ceny przyjmując sumy wartości netto kompleksowego wykonania poziomu utrzymania w czystości taboru kolejowego + VAT. W związku z tym zapisem należało podać ceny jednostkowe poziomów utrzymania w czystości dla poszczególnych rodzajów czystości w formularzach cenowych posługując się odpowiednimi załącznikami nr 4/10 i 4/14, a następnie wartość usług netto z poz. 16 została

przeniesiona do odpowiedniego dla zadania Załącznika nr 4.10 i 4.14 - tj. „Zestawienie zbiorcze oferty cenowej” i dopiero w tym miejscu zamawiający dopuścił i nakazał obliczyć podatek VAT oraz wartość brutto. Zamawiający nie dopuścił w siwz innego sposobu wyliczania podatku VAT. Zastosowanie innego sposobu wyliczenia podatku VAT powoduje błąd w obliczeniu ceny i skutkuje odrzuceniem oferty. Inaczej mówiąc zamawiający nie dopuścił możliwości wyliczania wartości podatku VAT, w tym stosowania różnych stawek podatku VAT, do poszczególnych czynności składających się na kompleksową usługę utrzymania czystości. Oznacza to, że wszyscy wykonawcy powinni zastosować stawkę podatku VAT właściwą dla kompleksowej usługi utrzymania w czystości taboru kolejowego, tj. - 23%.

4 maja 2012 r. Dolośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe przekazało zamawiającemu kopię odwołania.

16 maja 2012 r. podczas rozprawy zamawiający przekazał w formie pisemnej odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu podnosił, że w całości podtrzymuje zasadność czynności odrzucenia ofert wykonawcy zawarte w piśmie z dnia 23 kwietnia 2012 r.

W toku rozprawy strony w pełni podtrzymały stanowiska i argumentację zaprezentowaną w odwołaniach oraz w pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez zamawiającego, stanowiska i oświadczenia stron oraz przystępujących, złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Okoliczności faktyczne sprawy, zostały prawidłowo przytoczone w odwołaniach, zreferowanych powyżej.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołań, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp. Zatem Izba rozpoznała odwołania na rozprawie.

Następnie Izba zbadała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego wykonawców zgłaszających przystąpienia po stronie zamawiającego i nie znalazła podstaw niedopuszczenia do postępowania odwoławczego któregokolwiek z wykonawców zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

KIO 904/12

Po dokonaniu oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Jako pierwszy Izba rozpoznała zgłoszony przez Impel Cleaning zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, przez odrzucenie jego oferty, której złożenie w ocenie zamawiającego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Biorąc pod uwagę stan faktyczny sprawy Izba uznała zarzut za niepotwierdzony.

W omawianej sprawie zamawiający odrzucił ofertę Impel Cleaning, ponieważ uznał, że złożenie ofert przez Impel Cleaning oraz DC System, na wszystkie 15 zadań, w sytuacji gdy oferty obu ww. podmiotów zostały oparte na tym samym doświadczeniu, które zostało zdobyte przez Impel Cleaning, a następnie zostało udostępnione DC System w trybie art., 26 ust. 2b Pzp, jest w okolicznościach faktycznych sprawy niedopuszczalne, jako sprzeczne z dobrymi obyczajami i prowadzi do naruszenia interesów innych wykonawców. Tym samym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Według § 6 ust. 2 pkt 2 siwz, wykonawca biorący udział w postępowaniu, musiał wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje jedną lub więcej kompleksowych* usług utrzymania w czystości taboru pasażerskiego transportu publicznego. Łączna wartość wykazanych na potwierdzenie niniejszego warunku usług, (albo wartość usługi w przypadku wykazania się tylko jedną usługą) nie mogła być mniejsza niż: - dla Zadania nr 1 - 600 000,00 zł - dla Zadania nr 2 - 1 500 000,00 zł - dla Zadania nr 3 - 1 900 000,00 zł - dla Zadania nr 4 - 2 400 000,00 zł - dla Zadania nr 5 - 500 000,00 zł - dla Zadania nr 6 - 1 800 000,00 zł - dla Zadania nr 7 - 500 000,00 zł - dla Zadania nr 8 - 1 500 000,00 zł - dla Zadania nr 9 - 1 900 000,00 zł - dla Zadania nr 10 - 600 000,00 zł - dla Zadania nr 11 - 2 000 000,00 zł - dla Zadania nr 12 - 600 000,00 zł - dla Zadania nr 13 - 1 500 000,00 zł - dla Zadania nr 14 - 2 200 000,00 zł - dla Zadania nr 15 - 900 000,00 zł.

W podsumowaniu ww. paragrafu zamawiający określił, że wykonawcy składający oferty na więcej niż jedno zadanie, dla potwierdzenia spełnienia warunków wymienionych m. in. w pkt. 2 zobowiązani są odpowiednio zsumować określone tam wartości.

W § 7 ust. 10 siwz zamawiający określił, że w przypadku, gdy wykonawca nie dysponuje własnymi zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, to zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp może wykorzystać zasoby innych podmiotów. W takim przypadku wykonawca był zobligowany udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponować zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w sposób wskazany w art. 26 ust. 2b Pzp oraz § 1 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).

Nie jest spornym, że Impel Cleaning złożył oferty na 9 zadań spośród 15, tj.: na zadania nr: 3, 4, 6, 7, 8, 9, 11, 13, 15 a zasoby (doświadczenie), którym legitymował się przy wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w niniejszym postępowaniu udostępnił w trybie art. 26 ust. 2b Pzp wykonawcy DC System, który złożył oferty na pozostałe 6 zadań, tj.: na zadania nr: 1, 2, 5, 10, 12, 14.

Izba po zbadaniu całokształtu okoliczności w rozpoznawanej sprawie, w szczególności okoliczności złożenia ofert przez wykonawców Impel Cleaning oraz DC System przy uwzględnieniu przytoczonych powyżej postanowień siwz uznała, że zamawiający był zobowiązany do odrzucenia ofert Impel Cleaning na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, gdyż złożenie tych ofert stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba w pełni podzieliła stanowisko i argumentację prezentowaną przez przystępującego Z.U. „Wschód”. Zgodzić się należy z przystępującym, że na gruncie ustawy Pzp, podmiotów powiązanych kapitałowo nie można uznać za jednego wykonawcę. Jednakże w omawianym przypadku relacja jaka zaistniała pomiędzy podmiotami wzajemnie powiązanymi: Impel Cleaning oraz DC System (którego jedynym udziałowcem jest Impel Cleaning), spowodowała w tym stanie faktycznym sytuację, która stanowi naruszenie dobrych obyczajów obowiązujących przedsiębiorców konkurujących o zamówienie na danym rynku, w konsekwencji doprowadziło do nieuprawnionego naruszenia interesów innych wykonawców. Tym samym złożenie oferty przez Impel Cleaning stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przywołanej powyżej ustawy.

Izba wskazuje, że ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zawiera katalog czynów, które powodują nieuczciwą konkurencję. Zgodnie z przepisami ustawy za czyn nieuczciwej konkurencji jest uważane w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym.

Analiza ww. przepisu wskazuje wprost, że ww. katalog nie ma charakteru zamkniętego. Zatem w sytuacji gdy dany czyn nie jest wprost wymieniony w przepisie, a wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wówczas zastosowanie znajduje klauzula generalna wyrażona w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z powołanym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Powyższe stanowisko potwierdza również wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 18 stycznia 2008 r. o sygn. akt I ACa 1239/07, w którym stwierdzono, że: „Art. 3 ust. 1 ustawy z 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z 1993 r. stanowi wskazówkę definicyjną dla czynów uznawanych za nieuczciwe, uzupełnia czyny niedozwolone wymienione w części szczegółowej ustawy, gdy w działalności gospodarczej dojdzie do popełnienia czynu nie ujętego w niewyczerpanym katalogu czynów nieuczciwej konkurencji zawartym w ustawie, to wtedy podstawę jego oceny stanowi samodzielnie art. 3 ust. 1 u.z.n.k.”

W celu rozstrzygnięcia zarzutu niezbędne jest odwołanie się do znaczenia pojęcia „dobre obyczaje” ugruntowanego w orzecznictwie. W tym zakresie przywołać należy podzielane przez skład orzekający Izby stanowisko wyrażone przez Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 28 czerwca 2007 r. o sygn. akt V ACa 371/07, w którym podano: „Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się poprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ są kształtowane przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdyż istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie

niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo”.

Przekładając powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy stwierdzić należy, że w niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z przypadkiem naruszenia dobrych obyczajów, które wprost prowadzi do naruszenia interesów innych wykonawców. Postanowienie siwz w niniejszym postępowaniu § 6 ust. 2 pkt 2 siwz sprowadzało się do tego, że aby wykazać spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, w sytuacji, gdy wykonawca składał ofertę na więcej niż jedno zadanie, nie mógł powoływać się na to samo zamówienie. W ocenie Izby niedopuszczalnym jest postępowanie Impel Cleaning oraz DC System (powiązanych kapitałowo), którzy w celu obejścia ograniczeń wprowadzonych przez zamawiającego w siwz, w powoływaniu się na to samo doświadczenie w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia na poszczególne zadania, wykazali spełnianie tego warunku udziału w postępowaniu jedynie za pomocą doświadczenia zdobytego przez jednego z wykonawców (w tym przypadku Impel Cleaning). Doświadczenie to nie jest wystarczające – ze względu na powołane wyżej postanowienia siwz nakazujące, w przypadku złożenia ofert na więcej niż jedną część zamówienia sumowanie doświadczenia - aby jeden wykonawca mógł złożyć oferty na wszystkie części zamówienia. Udostępnienie zasobu wiedzy i doświadczenia przez Impel Cleaning miało umożliwić wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez DC System w zakresie, w którym Impel Cleaning nie złożył ofert i w którym sam nie dysponował wymaganym doświadczeniem. Opisane działanie powiązanych kapitałowo spółek prowadziło do uzyskania zamówienia we wszystkich częściach, mimo iż de facto doświadczenie, które wykazał Impel Cleaning było wystarczające dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu jedynie na zadania na które oferty złożył Impel Cleaning. Wykonawcy składając oferty na różne zadania, w celu obejścia ograniczenia wynikającego z siwz, wykorzystali wynikające z art. 26 ust. 2 b ustawy uprawnienie do posłużenia się, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, zasobami podmiotu trzeciego. Impel Cleaning udostępnił swój potencjał wykonawcy DC System wydawać by się mogło w majestacie obowiązującego prawa, tj.: z wykorzystaniem regulacji zawartej w art. 26 ust. 2b Pzp. Jednak nie może zostać zaakceptowane przez Izbę działanie polegające na obejściu postanowienia specyfikacji, w celu uzyskania zamówienia w 15 częściach, podczas gdy doświadczenie, którym się legitymują, po zsumowaniu wartości prac, nie jest wystarczające, aby uzyskać zamówienie we wszystkich częściach. Postępowanie opisane powyżej bez wątpienia posiada znamiona nieuczciwych i niedozwolonych praktyk, które godzą w interesach innych przedsiębiorców, utrudniając im w ten sposób możliwość uzyskania danego zamówienia w określonej części. Działania te są niezgodne z dobrymi obyczajami (kupiecką uczciwością), która na gruncie Pzp

także stanowi punkt odniesienia dla oceny postępowania wykonawcy w kontekście ustalenia, czy popełnił on czyn nieuczciwej

W związku z powyższym w omawianym stanie faktycznym Izba potwierdziła prawidłowość czynności zamawiającego, który uznał w takim przypadku uznał, że złożenie ofert przez Impel Cleaning stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i odrzucił ofertę wykonawcy w trybie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Następnie Izba rozpoznała zarzuty dotyczące naruszenia art. 89 ust 1 pkt 6 Pzp. Izba stwierdziła, że zarzuty potwierdziły się.

Zamawiający w specyfikacji zawarł następujące postanowienia:

W § 13 w ust. 3 siwz – Opis sposobu obliczenia ceny oferty zamawiający ustalił, że cenę oferty (C) dla określonego zadania wykonawca zobowiązany jest obliczyć stosując wzór:

C = [wartości netto kompleksowego wykonania poziomu utrzymania w czystości wagonów +VAT]

[wartości netto kompleksowego wykonania poziomu utrzymania w czystości ezt +VAT]

[wartości netto kompleksowego wykonania poziomu utrzymania w czystości autobusów szynowych +VAT]

[wartości netto kompleksowego wykonania poziomu utrzymania w czystości lokomotyw +VAT]

Postanowieniami § 13 ust. 4 siwz zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek ustalenia przed wyliczeniem ceny oferty cen jednostkowych poziomów utrzymania czystości (PUC1, PUC2, PUC3, PUC4, PUC4n, PUC5,, PUC6, PUC7, PUC7n, W, Op), w tym wyposażenia w środki higieniczno-sanitarne, napełniania zbiorników wodą oraz opróżniania i płukania zbiorników z zamkniętym obiegiem WC dla poszczególnych rodzajów taboru (wagony osobowe, ezt, autobusy szynowe i lokomotywy). Następnie zamawiający wskazał, że wykorzystując wyliczone ceny jednostkowe poziomów utrzymania w czystości taboru kolejowego posługując się odpowiednimi Załącznikami nr 4/1/... do 4/15... do siwz należy

wyliczyć wartości netto kompleksowego utrzymania w czystości taboru kolejowego w okresie trwania umowy z podziałem na punkty czyszczenia i rodzaje taboru, a następnie przenieść do odpowiedniego dla zdania Załącznika nr 4 ... - Zestawienie zbiorcze oferty cenowej. Cenę wyliczoną w Zestawieniu zbiorczym oferty cenowej należy przenieść do formularza OFERTA, którego wzór stanowi Załącznik nr 1 do siwz (ust.6).

Załączniki do siwz dla poszczególnych zadań o nr: od 4.1 do nr 4.15 – Zestawienie zbiorcze oferty cenowej kompleksowego utrzymania w czystości taboru kolejowego – zawierają 7 kolumn o nazwach. Kolejno od 1 do 7:: „Nazwa punktu czyszczenia”, „Poziom utrzymania w czystości”, „Rodzaj taboru”, „Nr załącznika”, „Wartość netto w okresie trwania umowy (zł)”, „VAT (zł)”, „Wartość brutto w okresie trwania umowy (zł)” . Dla przykładu w Załączniku dla zadania nr 1 – PR Białystok w kolumnie „Poziom utrzymania w czystości” w wierszu „Grupa torów punktu napraw EZT i AS Białystok” zamawiający podał: „PUC1, PUC2, PUC3, PUC4, PUC4n, próżnianie i płukanie zbiorników WC (Op), w wierszu „Czeremcha” - „PUC1, PUC2, PUC3, PUC4, PUC4n, próżnianie i płukanie zbiorników WC (Op)”. Z analogicznymi opisami mamy do czynienia przy zadaniach nr 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15.

Załączniki do siwz od nr 4/1/... do 4/15/... zawierają także kolumnę „Poziom utrzymania w czystości” (kol.2). Dla przykładu Formularz Cenowy stanowiący Załącznik nr 4/1/A.1 do siwz dla zadania nr 1 – PR Białystok – w wierszu 3, 6, i 1 zawiera w kolumnie nr 2 symbol Op. Analogiczne zapisy zawierają inne tego typu załączniki do siwz.

W § 13 ust. 8 siwz zamawiający określił, że cena oferty winna zawierać należny podatek VAT. Wysokość podatku od towarów i usług VAT wynika z obowiązujących przepisów ustawy o podatku od towarów i usług.

W § 4 ust. 3 siwz – opis przedmiotu zamówienia – zamawiający określił, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie kompleksowej usługi utrzymania w czystości taboru kolejowego tj. wagonów osobowych, elektrycznych zespołów trakcyjnych, autobusów szynowych i lokomotyw. W ust. 5 zamawiający wskazując szczegółowy zakres kompleksowej usługi utrzymania w czystości taboru kolejowego dla każdego z zadań oraz szczegółowy opis wymagań dotyczących utrzymania w czystości taboru kolejowego odwołał się do Załącznika nr 9 do siwz - wzór umowy.

W § 1 wzoru umowy w słowniku użytych pojęć i definicji zamawiający w ust. 6 zdefiniował pojęcie kompleksowego wykonania (świadczenia) usługi utrzymania w czystości taboru kolejowego wskazując, że przez wykonanie kompleksowej usługi utrzymania w czystości taboru kolejowego należy rozumieć wykonanie wszystkich wymienionych w ust. 5 poziomów zgodnie z wymaganiami wymienionymi w niniejszej umowie. Natomiast w ust. 5 ww. paragrafu zamawiający podał, że poziomy utrzymania: PUC1, PUC2, PUC3, PUC4,

PUC4n, PUC5, PUC6, PUC7, PUC7n, napełnianie zbiorników wodą (W) oraz opróżnianie i płukanie zbiorników z zamkniętym obiegiem WC (Op) – definicje wymagania i zakres określone zostały w Załączniku nr 3 do umowy.

W Załączniku nr 3 do umowy – szczegółowe wymagania utrzymania w czystości taboru kolejowego – w ust. 7 pkt. 11 zamawiający sprecyzował, że „Op” - opróżnianie i płukanie zbiorników z zamkniętym obiegiem WC wagonów osobowych, elektrycznych i zespołów trakcyjnych oraz autobusów szynowych powinno odbywać się wg. potrzeb wraz z wykonanym poziomem utrzymania w czystości PUC2, PUC4, PUC4n natomiast poziom PUC1 – w zależności od potrzeb i warunków miejscowych. Czynność opróżniania zbiorników wymaga oddzielnego zlecenia.

Następnie w § 2 umowy – przedmiot umowy – zamawiający określił, że przedmiotem umowy jest świadczenie kompleksowej usługi utrzymania w czystości taboru kolejowego na terenie Zakładu Przewozów Regionalnych w ... W ust. 3 ww. paragrafu umowy zamawiający sprecyzował, iż kompleksowa usługa utrzymania w czystości taboru kolejowego obejmuje:

- 1) Poziomy utrzymania w czystości wagonów osobowych, tj. PUC1, PUC2, PUC3, PUC4, PUC4n, PUC5, PUC6, napełnianie zbiorników wodą (W), opróżnianie i płukanie zbiorników z zamkniętym obiegiem WC (Op) (...)
- 2) Poziomy utrzymania w czystości elektrycznych zespołów trakcyjnych (ezt), tj. PUC1, PUC2, PUC3, PUC4, PUC4n, PUC5, PUC6, napełnianie zbiorników wodą (W), opróżnianie i płukanie zbiorników z zamkniętym obiegiem WC (Op) (...)
- 3) Poziomy utrzymania w czystości autobusów szynowych, tj. PUC1, PUC2, PUC3, PUC4, PUC4n, PUC5, PUC6, napełnianie zbiorników wodą (W), opróżnianie i płukanie zbiorników z zamkniętym obiegiem WC (Op) (...)
- 4) Poziomy utrzymania w czystości lokomotyw, tj. PUC7, PUC7n, PUC5 (...)

W § 7 wzoru umowy – wartości umowy i warunki płatności – zamawiający sprecyzował, że ogółem wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy wynosi: wartość netto zł Do tej kwoty będzie doliczony podatek VAT według stawki obowiązującej na dzień wystawienia faktury VAT.

Zamawiający w projekcie umowy wskazał również, że zapłata za wykonane usługi będzie realizowana w okresach miesięcznych z uwzględnieniem ilości wykonanych usług w danym miesiącu w podziale na punkty czyszczenia, rodzaj taboru oraz rodzaj wykonywanych przewozów na podstawie wystawionej i dostarczonej przez wykonawcę faktury VAT. Podstawą wystawienia faktury będzie załączony i podpisany przez obie strony protokół „Zestawienie zbiorcze wykonanych usług czyszczenia taboru kolejowego” stanowiący

załącznik nr 11A, 11B, 11C i 11D do umowy sporządzony przez wykonawcę w oparciu o oryginały protokołów zdawczo - odbiorczych podpisanych przez upoważnionych przedstawicieli wykonawcy i zamawiającego. (§ 7 ust. 4 i 5 wzoru umowy).

Przywołane powyżej załączniki nr 11A, 11B, 11C i 11D do umowy zawierają m. in. kolumnę - rodzaj usługi i wymieniają poszczególne PUC a także napełnianie zbiorników wodą (W) oraz opróżnianie i płukanie zbiorników z obiegiem zamkniętym (Op).

Ceny winny być podane jako ceny netto (bez podatku VAT) i ceny brutto (wraz z naliczonym podatkiem VAT) - § 7 ust. 9 wzoru umowy.

Z ustaleń Izby wynika, że Impel Cleaning w ofertach złożonych na zadania: 3, 6, 7, 8, 9, 11, 13, 15 zastosował dla wszystkich usług jednolitą stawkę VAT - 23%. Wykonawcy - Z.U.H.P. „Pomorze” oraz Z.U. Zachód – odpowiednio w zadaniach nr 13 i 15 złożyli oferty, które zawierały różne stawki VAT, tj. usługa polegająca na opróżnianiu i płukaniu zbiorników z zamkniętym obiegiem WC – mieszcząca się w grupowaniu PKWiU 37.00.1 - usługi związane ze ściekami - 8%, zaś pozostałe usługi kompleksowego czyszczenia wagonów mieszcząca się w grupowaniu PKWiU 81.29.1 - usługi w zakresie pozostałego sprzątnięcia i czyszczenia – 23%.

Rozstrzygnięcie podnoszonego zarzutu sprowadza się do ustalenia, czy omawianej postępowaniu mamy do czynienia z usługą o charakterze kompleksowym, a tym samym, czy prawidłowym było zastosowanie przez wykonawców w złożonych ofertach jednolitej stawki podatku VAT na poziomie 23% ? W ocenie Izby na tak zadane pytanie należy odpowiedzieć twierdząco.

Izba podziela stanowisko zajmowane przez Impel Cleanig wskazując, że zamawiający w sposób nieprawidłowy przyjął, że zamawiana usługa kompleksowego utrzymania w czystości taboru kolejowego nie posiada charakteru kompleksowej, a zatem dla określonych usług należy przyjąć różne stawki podatku VAT. W ocenie zamawiającego dla usług polegającej na opróżnianiu i płukaniu zbiorników z zamkniętym obiegiem WC mieszczącej się w grupowaniu PKWiU 37.00.1 - „Usługi związane ze ściekami” należało zastosować 8% stawkę podatku VAT.

Zdaniem Izby treść specyfikacji co prawda wprost nie wskazuje, że wykonawcy w złożonych ofertach winni zastosować jednolitą stawkę podatku VAT. Jednakże z opisu przedmiotu zamówienia oraz treści pozostałych postanowień siwz jednoznacznie wynika , że w rozpoznawanym przypadku mamy do czynienia z usługą o charakterze kompleksowym, gdyż zamawiający w specyfikacji nie tylko zdefiniował pojęcie kompleksowej usługi

utrzymania w czystości taboru kolejowego, ale także konsekwentnie je stosował w poszczególnych częściach siwz. I tak:

W słowniku użytych pojęć i definicji zamawiający w § 1 ust. 6 wzoru umowy sprecyzował, że przez wykonanie kompleksowej usługi utrzymania w czystości taboru kolejowego należy rozumieć wykonanie wszystkich wymienionych w ust. 5 poziomów zgodnie z wymaganiami wymienionymi w niniejszej umowie za które uznał PUC1, PUC2, PUC3, PUC4, PUC4n, PUC5., PUC6, PUC7, PUC7n, napełnianie zbiorników wodą (W) oraz opróżnianie i płukanie zbiorników z zamkniętym obiegiem WC (Op).

Konsekwentnie w Załączniku nr 3 do umowy – szczegółowe wymagania utrzymania w czystości taboru kolejowego – w ust. 7 pkt 11 wskazał, że „Op” - czyli opróżnianie i płukanie zbiorników z zamkniętym obiegiem WC wagonów osobowych, elektrycznych i zespołów trakcyjnych oraz autobusów szynowych powinno odbywać się wg. potrzeb wraz z wykonanym poziomem utrzymania w czystości PUC2,PUC4,PUC4n natomiast poziom PUC1 – w zależności od potrzeb i warunków miejscowych.

Zatem opierając się na definicji, którą posłużył się zamawiający w siwz, stwierdzić należy, że z wykonaniem kompleksowej usługi utrzymania w czystości taboru kolejowego stykamy się wówczas, gdy usługa obejmuje realizację wszystkich wymienionych w ust. 5 poziomów zgodnie z wymaganiami wymienionymi w niniejszej umowie, za które uznał PUC1, PUC2, PUC3, PUC4, PUC4n, PUC5., PUC6, PUC7, PUC7n, napełnianie zbiorników wodą (W) oraz opróżnianie i płukanie zbiorników z zamkniętym obiegiem WC (Op).

Fakt, że zamawiający przy usłudze polegającej na opróżnianiu i płukaniu zbiorników z zamkniętym obiegiem WC (Op) nie posłużył się nazwą PUC, a inną podobną, nie przesądza o tym, że mamy do czynienia z odrębną usługą, która winna być objęta preferencyjną stawką podatku VAT na poziomie 8%. Zamawiający usługę opróżniania i płukania zbiorników z zamkniętym obiegiem WC (Op) konsekwentnie zaliczał do całości usług wymaganych do wykonania w ramach danego poziomu utrzymania czystości na co wskazują kolejne postanowienia siwz, tj.:

- § 13 ust. 4 siwz - zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek ustalenia przed wyliczeniem ceny oferty cen jednostkowych poziomów utrzymania czystości (PUC1, PUC2, PUC3, PUC4, PUC4n, PUC5., PUC6, PUC7, PUC7n, W, Op), w tym wyposażenia w środki higieniczno-sanitarne, napełniania zbiorników wodą oraz opróżniania i płukania zbiorników z zamkniętym obiegiem WC dla poszczególnych rodzajów taboru (wagony osobowe, ez, autobusy szynowe i lokomotywy).
- Załączniki do siwz dla poszczególnych zadań o nr od 4.1 do nr 4.15 – zestawienie zbiorcze oferty cenowej kompleksowego utrzymania w czystości taboru kolejowego – zawierają m. in. kolumnę „Poziom utrzymania w czystości”, Dla przykładu w

załączniku dla zadania nr 1 – PR Białystok w kolumnie „Poziom utrzymania w czystości” w wierszu „Grupa torów punktu napraw EZT i AS Białystok” zamawiający podał: „PUC1, PUC2, PUC3, PUC4, PUC4n, próżnianie i płukanie zbiorników WC (Op), w wierszu „Czeremcha” - „PUC1, PUC2, PUC3, PUC4, PUC4n, próżnianie i płukanie zbiorników WC (Op)”. Z analogicznymi opisami mamy do czynienia przy zadaniach nr 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15.

- Załączniki do siwz od nr 4/1/... do 4/15/... zawierają także kolumnę „Poziom utrzymania w czystości” (kol.2). Dla przykładu Formularz Cenowy stanowiący załącznik nr 4/1/A.1 do siwz dla zadania nr 1 – PR Białystok – w wierszu 3, 6, i 1 zawiera w kolumnie nr 2 symbol Op. Analogiczne zapisy zawierają inne tego typu załączniki do siwz.
- ust. 7 pkt 11 załączniku nr 3 do umowy – Szczegółowe wymagania utrzymania w czystości taboru kolejowego – gdzie zamawiający wskazał, że „Op” - opróżnianie i płukanie zbiorników z zamkniętym obiegiem WC wagonów osobowych, elektrycznych i zespołów trakcyjnych oraz autobusów szynowych powinno odbywać się wg. potrzeb wraz z wykonaniem poziomem utrzymania w czystości PUC2, PUC4, PUC4n, natomiast poziom PUC1 – w zależności od potrzeb i warunków miejscowych.
- § 2 ust. 3 projektu umowy, gdzie zamawiający sprecyzował, iż kompleksowa usługa utrzymania w czystości taboru kolejowego obejmuje:
 - Poziomy utrzymania w czystości wagonów osobowych, tj. PUC1, PUC2, PUC3, PUC4, PUC4n, PUC5, PUC6, napełnianie zbiorników wodą (W), opróżnianie i płukanie zbiorników z zamkniętym obiegiem WC (Op) (...)
 - Poziomy utrzymania w czystości elektrycznych zespołów trakcyjnych (ezt), tj. PUC1, PUC2, PUC3, PUC4, PUC4n, PUC5, PUC6, napełnianie zbiorników wodą (W), opróżnianie i płukanie zbiorników z zamkniętym obiegiem WC (Op) (...)
 - Poziomy utrzymania w czystości autobusów szynowych, tj. PUC1, PUC2, PUC3, PUC4, PUC4n, PUC5, PUC6, napełnianie zbiorników wodą (W), opróżnianie i płukanie zbiorników z zamkniętym obiegiem WC (Op) (...)
 - Poziomy utrzymania w czystości lokomotyw, tj. PUC7, PUC7n, PUC5 (...)
- § 7 ust. 4 i 5 wzoru umowy - Podstawą wystawienia faktury będzie załączony i podpisany przez obie strony protokół „Zestawienie zbiorcze wykonanych usług czyszczenia taboru kolejowego” stanowiący załącznik nr 11A, 11B, 11C i 11D do umowy sporządzony przez wykonawcę w oparciu o oryginały protokołów zdawczo-odbiorczych podpisanych przez upoważnionych przedstawicieli wykonawcy i zamawiającego. Przywołane powyżej załączniki zawierają m. in. kolumnę rodzaj usługi i wymieniają poszczególne PUC a także napełnianie zbiorników wodą (W) oraz opróżnianie i płukanie zbiorników z obiegiem zamkniętym (Op).

Następnie należy również zwrócić uwagę na okoliczności związanych z nadaniem zamówieniu określonego kodu ze Wspólnego Słownika Zamówień (CPV). Zamawiający opisując przedmiot zamówienia posłużył się jedynie kodem 90917000-8 odpowiednim dla usługi czyszczenia urządzeń transportowych (§ 4 ust. 13 siwz), nie podając kodu właściwego dla usługi usuwania ścieków kod CPV – 90410000-4 oraz usługi wywozu odpadów – 90511000-2. W kontekście wcześniej przywoływanych postanowień siwz oraz braku kodów CPV wyodrębniających usługi związane z usuwaniem ścieków i wywozem odpadów intencja zamawiającego, który żądał wyodrębnienia usługi opróżnianie i płukanie zbiorników z zamkniętym obiegiem WC, jest nieczytelna. Również sposób sporządzenia załączników do siwz nie odzwierciedla woli zamawiającego, aby usługę opróżniania i płukania zbiorników z zamkniętym obiegiem WC traktować jako odrębną, gdyż w załącznikach do siwz dla poszczególnych zdań o nr. od 4.1 do nr 4.15 – Zestawienie zbiorcze oferty cenowej kompleksowego utrzymania w czystości taboru kolejowego, zamawiający przewidział jedynie jedną kolumnę pod nazwą „VAT (zł)”, co również wskazywało na tartkowanie przedmiotu zamówienia jako usługi kompleksowej opodatkowanej jednolicie, tj.: stawką podstawową.

Jednak nawet gdybyby przyjąć, że postanowienia specyfikacji mogły budzić wątpliwości, co w ocenie Izby nie miało miejsca w omawianej sprawie, to analiza przesłanek uznania usługi za kompleksową wpracowanych przez doktrynę, a także orzecznictwo ETS i sądów administracyjnych, również pozwala na stwierdzenie, że w tym stanie faktycznym zamawiana usługa ma charakter kompleksowy.

Na wstępie Izba wskazuje, że w polskich przepisach podatkowych brak jest szczegółowych uregulowań dotyczących świadczeń złożonych. Nie ma legalnej definicji tego pojęcia, nie ma więc określonych normatywnie kryteriów, czy też innych wyznaczników, które pozwalałyby w sposób precyzyjny określić granice pomiędzy przypadkami, gdy mamy do czynienia z kilkoma świadczeniami, które należy opodatkować odrębnie, a sytuacją kiedy związek pomiędzy tymi świadczeniami jest tak ścisły, iż należy już mówić o istnieniu jednego świadczenia o charakterze złożonym (kompleksowym), które powinno być opodatkowane według jednolitej stawki podatku VAT. Dlatego też należy zachować wyjątkową ostrożność w klasyfikowaniu przedmiotu zamówienia jako usługi kompleksowej. Każda sytuacja powinna być analizowana indywidualnie z uwzględnieniem charakterystycznych dla niej i istotnych elementów z punktu widzenia rozpatrywania istnienia związku pomiędzy poszczególnymi czynnościami i w tym kontekście ewentualnego traktowania ich jako jednej gospodarczej całości (jednego świadczenia). Zwrócić trzeba bowiem uwagę na konieczność przeanalizowania podłoża ekonomicznego dokonywanych czynności, przed przystąpieniem

do oceny i analizy sposobu ich opodatkowania (z uzasadnienia wyroku WSA w Warszawie sygn. akt III SA/Wa 2247/09).

Jeśli świadczenia tworzą usługę o charakterze kompleksowym, wówczas również dla celów jej opodatkowania na gruncie przepisów ustawy o podatku od towarów i usług powinny tworzyć całość. W przypadku świadczenia o kompleksowym charakterze, na które składa się czynność podstawowa, której wykonanie było celem umowy zawartej przez podatnika z klientem, a także czynności pomocnicze niezbędne do wykonania czynności podstawowej, ustalając właściwą stawkę podatku VAT powinno się przyjmować jednolitą stawkę dla całego kompleksu czynności, biorąc pod uwagę charakter czynności podstawowej. Zaprezentowane stanowisko potwierdził Naczelny Sąd Administracyjny w wyrokach z dnia 25 stycznia 2007 r., sygn. akt I FSK 499/06 oraz z dnia 2 grudnia 2008 r. sygn. akt I FSK 1946/07.

Bez wątplenia w zdefiniowaniu usług kompleksowych pomocne jest także orzecznictwo ETS. W wyroku w sprawie C-349/96 ETS uznał po pierwsze, że każde świadczenie usług powinno być, co do zasady, traktowane jako świadczenie odrębne i niezależne, po drugie zaś, świadczenie składające się z jednolitej usługi (z ekonomicznego punktu widzenia) nie powinno być w sztuczny sposób dzielone, gdyż mogłoby to spowodować naruszenie całego systemu opodatkowania. Ponadto świadczenie jednolitej usługi ma miejsca w szczególności w przypadkach, gdy jeden lub więcej elementów może być uznany za tworzący świadczenie (usługę) główne podczas, gdy jeden lub więcej elementów mogą być uznane za świadczenie (usługi) dodatkowe, do których stosuje się te same konsekwencje podatkowe, jak w przypadku świadczenia (usługi) głównego. Usługa musi być uznana za dodatkową w stosunku do usługi głównej, jeśli nie stanowi dla nabywcy celu samego w sobie, ale środek do lepszego wykorzystania dostarczonej usługi głównej.

Podobne stanowisko zajął Minister Finansów w piśmie z dnia 30 marca 2012 r., w którym stwierdził, iż transakcja złożona z jednego świadczenia w aspekcie ekonomicznym nie powinna być sztucznie rozdzielana, by nie pogarszać funkcjonalności systemu VAT. Ponadto, w pewnych okolicznościach, formalnie odrębne transakcje, które mogą być wykonywane oddzielnie, a zatem które mogą oddzielnie prowadzić do opodatkowania lub zwolnienia, należy uważać za jedną transakcję, jeśli nie są one od siebie niezależne. Ponadto podczas ustalania czy transakcja składa się z zespołu świadczeń i czynności, czyli czy jest to świadczenie kompleksowe, należy wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności, w jakich dokonywana jest rozpatrywana transakcja.

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należy, że przy ocenie, czy dana usługa ma charakter kompleksowy, istotnym jest zbadanie następujących okoliczności, tj.:

- celu realizowanej usługi,
- charakteru usługi w zakresie jej odrębności i niezależności,
- ekonomicznego charakteru usługi w aspekcie jej podziału,
- wzajemne powiązanie usług w odniesieniu: usługa główna (zasadnicza) oraz usługa dodatkowa (pomocnicza).

Badając poszczególne zagadnienia związane z kompleksowością zamawianej usługi Izba na wstępie zbadała przesłankę celowości wykonywania omawianych usług. O ile w przypadku usług sprzątnięcia i czyszczenia taboru kolejowego, które są grupowane PKWiU 81.29.1 – „Usługi w zakresie pozostałego sprzątnięcia i czyszczenia” – nadrzędny cel takich usług rysuje się jasno. Niewątpliwie realizacja ww. usług za pomocą kompleksowego sprzątnięcia, umycia, oczyszczenia prowadzi do uzyskania efektu w postaci posiadania czystego taboru kolejowego, a w konsekwencji zadowolenie pasażerów. Natomiast dla usług polegających na opróżnianiu i płukaniu zbiorników z zamkniętym obiegiem WC, grupowanych w PKWiU 37.00.1 – usługi związane ze ściekami - trudno znaleźć inny cel, niż utrzymanie czystości. Jest to zatem ten sam cel, któremu służą wszystkie pozostałe czynności stanowiące przedmiot zamówienia. Innego celu podczas rozprawy nie wskazał ani zamawiający, ani żaden z przystępujących po stronie zamawiającego.

Izba wskazuje, że w rozpoznawanej sprawie nie bez znaczenia jest również udział usług opróżniania i płukania zbiorników z zamkniętym obiegiem WC w całości zamówienia. Podczas rozprawy nie było kwestią sporną, że udział ten jest niewielki. Zatem nie można przypisać ww. usłudze istotnego pod względem ekonomicznym udziału w całości zamawianej usługi.

O tym, że usługa zamawiana w niniejszym postępowaniu ma charakter kompleksowy świadczy również fakt, że świadczenia związane z utrzymaniem w czystości taboru kolejowego grupowane w PKWiU 81.29.1 - „Usługi w zakresie pozostałego sprzątnięcia i czyszczenia”, które są opodatkowane stawką podstawową podatku VAT 23% mają charakter dominujący względem świadczeń polegających na opróżnianiu i płukaniu zbiorników z zamkniętym obiegiem WC opodatkowanych preferencyjną stawką podatku VAT na poziomie 8%. Bezspornym jest, że realizacja całości zamawianej usługi utrzymania w czystości taboru kolejowego obejmuje szeroki katalog różnych czynności, tj. mycie, czyszczenie, zamiatanie, odkurzanie, dezynfekcja powierzchni i wyposażenia wewnątrz taboru; usuwanie śmieci, zanieczyszczeń przez wybranie i wysypanie w przeznaczonym do tego celu miejscu; czyszczenie, odplamianie, odkurzanie siedzeń, wykładzin, chodników; mycie, czyszczenie, usuwanie graffiti, w okresie zimowym usuwanie śniegu i lodu z zewnętrznych powierzchni

taboru; mycie, czyszczenie, dezynfekcja kabin WC, udrażnianie rur spustowych oraz umywalek z zastosowaniem środka dezynfekującego; wyposażenie wagonów w pakiet sanitarny; wybieranie (opróżnianie) nieczystości z wagonów z zamkniętym obiegiem WC, wywóz śmieci z oczyszczonych wagonów. W ocenie Izby ww. czynności są względem siebie komplementarne i składają się na jedną całość, tj.: na usługę kompleksowego utrzymania w czystości taboru kolejowego.

Tym samym świadczeniem zasadniczym jest sprzątanie i czyszczenie taboru kolejowego, które jest grupowane w PKWiU 81.29.1 - „Usługi w zakresie pozostałego sprzątania i czyszczenia” i podlega opodatkowaniu 23% stawką podatku VAT. Natomiast usługi polegające na opróżnianiu i płukaniu zbiorników z zamkniętym obiegiem WC grupowane są usługami o charakterze pomocniczym. Powyższe potwierdzają również zapisy specyfikacji w pkt. 1 ppkt 11 Załącznika nr 3 do umowy, gdzie zamawiający wprost stwierdził, że wykonywanie opróżniania i płukania zbiorników z zamkniętym obiegiem WC będzie wykonywany wraz z poziomem utrzymania w czystości PUC2, PUC4 PUC4n natomiast na poziomie PUC1 - w zależności od potrzeb i warunków miejscowych. Tym samym usługa opróżniania i płukania zbiorników z zamkniętym obiegiem WC nie jest odrębną usługą, która powinna być opodatkowana 8% stawką podatku VAT, ale stanowi część składową całości zamówienia, polegającego na wykonaniu kompleksowej usługi utrzymania w czystości taboru kolejowego.

Izba wskazuje, że kolejna kwestia, na którą również należy zwrócić uwagę w omawianej sprawie, i która również wskazuje na kompleksowość zamawianej usługi, to płatności za wykonane usługi. W § 7 wzoru umowy – wartości umowy i warunki płatności – zamawiający sprecyzował, że ogółem wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy będzie wartością netto do której będzie doliczony podatek VAT według stawki obowiązującej na dzień wystawienia faktury VAT. Zamawiający w projekcie umowy wskazał również, że zapłata za wykonane usługi będzie realizowana w okresach miesięcznych z uwzględnieniem ilości wykonanych usług w danym miesiącu w podziale na punkty czyszczenia, rodzaj taboru oraz rodzaj wykonywanych przewozów na podstawie wystawionej i dostarczonej przez wykonawcę faktury VAT. Podstawą wystawienia faktury będzie załączony i podpisany przez obie strony protokół „Zestawienie zbiorcze wykonanych usług czyszczenia taboru kolejowego” stanowiący załącznik nr 11A, 11B, 11C i 11D do umowy sporządzony przez wykonawcę w oparciu o oryginały protokołów zdawczo-odbiorczych podpisanych przez upoważnionych przedstawicieli wykonawcy i zamawiającego (§ 7 ust. 4 i 5 wzoru umowy). Ceny winny być podane jako ceny netto (bez podatku VAT) i ceny brutto (wraz z naliczonym podatkiem VAT) - § 7 ust. 9 wzoru umowy.

Z powyższego wynika, że zapłata będzie realizowana w okresach miesięcznych i będzie uzależniona od ilości wykonywanych usług (nie ich rodzaju) oraz będzie

klasyfikowana wg. punktów czyszczeń, rodzaju taboru i wykonywanych przewozów. Zatem wykonawca nie będzie zobowiązany do określania i wyliczania na fakturze odrębnych pozycji w zależności od poziomów utrzymania czystości. Podstawą wystwienia faktury będzie załączony i podpisany przez obie strony protokół „Zestawienie zbiorcze wykonanych usług czyszczenia taboru kolejowego” sporządzony przez wykonawcę w oparciu o oryginały protokołów zdawczo-odbiorczych podpisanych przez upoważnionych przedstawicieli wykonawcy i zamawiającego. Tym samym brak jest sprecyzowania, że pozycja dotycząca opróżniania i płukania zbiorników z zamkniętym obiegiem WC powinna być wyodrębniona na fakturze.

Z dowodów przedstawionych na rozprawie przez Dolośląskie Zakłady Usługowe (kopie faktur) oraz przystępującego Z.U. „Wschód” (kopie faktur oraz protokół zdawczo odbiorczy) wynika, że treść faktur związanych z wykonaniem tego typu usługi jest bardzo zróżnicowana. Podczas rozprawy zamawiający potwierdził powyższe oświadczając, że wykonawcy wystawiają faktury o różnej treści, jedni bardziej szczegółowe, inni bardziej ogólne. Jednakże z treści siwz przytoczonej wcześniej w opinii Izby należy wywieść, że wystarczające będzie operowanie należną wartości netto bez podziały na poszczególne poziomy czystości.

Odnosząc się zaś do interpretacji indywidualnych datowanych na 30 kwietnia 2012 r. wydanych przez Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu (ILPP1/443-97/12-3/AI, ILPP1/443-97/12-4/AI, ILPP1/443-97/12-6/AI) na wniosek Z.U. „Zachód”, Izba wskazuje, że co prawda w treści interpretacji przywołano nazwę prowadzonego postępowania, jednak z ustaleń Izby oraz szczegółowej analizy stanu faktycznego interpretacji wynika, że wnioskodawca nie przedstawił organowi wydającemu interpretację niezbędnej dokumentacji, w szczególności siwz, a stan faktyczny opisany przez wnioskodawcę we wniosku był niepełny. Kluczowym dla rozpoznawanego zagadnienia jest to, że przez wnioskodawcę nie zostało zadane pytanie o kompleksowość omawianego zamówienia, a jedynie pytania odnoszące się określenia odpowiednich stawek podatku VAT w przypadku usług sklasyfikowanych pod symbolami: 37.00.1 – usługi związane ze ściekami oraz 81.29.1 – usługi w zakresie pozostałego sprzątnięcia i czyszczenia. Również stanowisko Urzędu Statystycznego w Łodzi wydane na wniosek Z.U. „Wschód” należy uznać za nieprzydatne w sprawie, gdyż dotyczy ono jedynie przyporządkowania danego symbolu PKWiU określonym usługom.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania Izba uznała, że usługa zamawiana przez zamawiającego w omawianym postępowaniu ma charakter kompleksowy a zatem przyjęcie przez danych wykonawców podstawowej stawki VAT na poziomie 23% było prawidłowe. Zatem należy uznać, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp

zasługuje na uwzględnienie. W związku z powyższym zamawiający winien był odrzucić oferty wykonawców: Z.U.H.P. „Pomorze” oraz Z.U. Zachód na zadania nr 13 i 15. Zaniechanie zamawiającego w niniejszym zakresie należy uznać za uchybienie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, gdyż powinni oni przyjąć dla całości zamówienia jednolitą stawkę VAT w wysokości 23%.

Konsekwencją uwzględnienia zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp jest uznanie naruszenia art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy, przez unieważnienie postępowania w zadaniu nr 3 i 9 a także art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez uznanie za najkorzystniejsze oferty wykonawców: Z.U.H.P „Pomorze” w zadaniu nr 13 oraz Z.U. Zachód w zadaniu nr 15 pomimo, iż oferty te podlegały odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.

Jednak Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W rozpoznawanej sprawie Izba pomimo potwierdzenia się zarzutów związanych z naruszeniem przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp oddaliła odwołanie, gdyż uznała, że złożenie ofert przez Impel Cleaning na zadania opisane powyżej stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, a w takiej sytuacji uwzględnienie zarzutu w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp nie ma wpływu na wynik postępowania, ponieważ oferta Impel Cleaning i tak podlega odrzuceniu.

KIO 911/12

Po dokonaniu oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Z ustaleń Izby, co nie jest spornym, że Impel Cleaning złożył oferty na 9 zadań spośród 15, tj.: na zadania nr: 3, 4, 6, 7, 8, 9, 11, 13, 15, a doświadczenie, którym legitymował się wykonawca przy wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w niniejszym postępowaniu udostępnił w trybie art. 26 ust. 2b Pzp wykonawcy DC System, który złożył oferty na pozostałe 6 zdań, tj.: na zadania nr: 1, 2, 5, 10, 12, 14.

DC System w złożonych ofertach zastosował jednolitą stawką podatku VAT na poziomie 23%. Natomiast wykonawcy: Z.U. „Centrum Usługa” (zadanie nr 1), Z.U. „Wschód” (zadanie nr 5), Z.U. „EZT (zadanie nr 5), Z.U. „Południe” (zadanie nr 12) w złożonych ofertach zróżnicowali stawki podatku VAT, tj. posłużyli się stawką podstawową 23%, a także preferencyjną 8%.

Zamawiający wykluczył DC System z postępowania wskazując, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz odrzucił ofertę wykonawcy w trybie art. 89 ust. 1 pkt 3, 5 i 6 Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp Izba potwierdziła prawidłowość czynności zamawiającego, który uznał, że złożenie ofert przez wykonawcę DC System stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i spowodowało naruszenie interesów innych wykonawców. W związku z powyższym zarzut okazał się niezasadny.

Izba wskazuje, że argumentacja, która legła u podstaw rozstrzygnięcia Izby jest tożsama z argumentacją zaprezentowaną przy rozpoznawaniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp zawartego w odwołaniu o sygn. akt KIO 904/12. Powtarzanie argumentacji Izba uznała za niezasadne.

Izba wskazuje, że przesądzenie o niezasadności ww. zarzutu jest ściśle powiązane z zarzutem naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, przez wykluczenie DC System z postępowania z uwagi na nie wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu a w konsekwencji koniecznością odrzucenia jego ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W kwestii niniejszego zarzutu Izba stanęła na stanowisku, że w sytuacji stwierdzenia przez zamawiającego, że złożenie ofert przez DC System stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zamawiający był uprawniony do uznania, że udostępnienie doświadczenia, które wykonawca uzyskał od Impel Cleaning z wykorzystaniem art. 26 ust. 2b Pzp, było nieskuteczne. Tym samym DC System nie potwierdził spełnienia określonego treścią siwz warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W konsekwencji zamawiający właściwie uznał, że DC System nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym w siwz, a tym samym zasadnie wykluczył wykonawcę z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, a w konsekwencji odrzucił jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że zarzuty podnoszone w odwołaniu przez DC System dotyczące naruszenia przez zamawiającego w toku postępowania art. 24 ust. 2 pkt Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 nie potwierdziły się.

W zakresie zarzutów dotyczących naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp Izba uznała zasadność podoszonych zarzutów.

Izba wskazuje, że argumentacja jaka legła u podstaw rozstrzygnięcia Izby jest tożsama z argumentacją zaprezentowaną przy rozpoznawaniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 i zawartego w odwołaniu o sygn. akt KIO 904/12. Powtarzanie argumentacji Izba uznała za niecelowe.

Reasumując, Izba uznała, że usługa zamawiana przez zamawiającego w omawianym postępowaniu ma charakter kompleksowy a zatem przyjęcie przez wykonawców podstawowej stawki VAT na poziomie 23% dla całości zamówienia było prawidłowe. W kontekście powyższego należy uznać, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. zasługuje na uwzględnienie. W związku z powyższym zamawiający winien był odrzucić oferty wykonawców: Z.U. „Centrum Usługa” w zakresie zadania nr 1, Z.U. „Wschód” w zakresie zadania nr 5, Z.U. „EZT” S.A., w zakresie zadania nr 5, Z.U. „Południe” w zakresie zadania nr 12, którzy zróżnicowali stawki podatku VAT, tj. posłużyli się stawką podstawową 23% a także dla usługi opróżniania i płukania zbiorników z zamkniętym obiegiem WC - preferencyjną na poziomie 8%. Zaniechanie zamawiającego w niniejszym zakresie należy uznać za uchybienie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Konsekwencją uwzględnienia zarzutów w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w odniesieniu do oferty DC System - z uwagi na niezasadne odrzucenie oferty oraz zaniechanie zamawiającego w zakresie odrzucenia ofert wykonawców: Z.U. „Centrum Usługa” w zakresie zadania nr 1, Z.U. „Wschód” w zakresie zadania nr 5, Z.U. „EZT” S.A., w zakresie zadania nr 5, Z.U. „Południe” w zakresie zadania nr 12 - jest uznanie naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, przez wadliwe unieważnienie postępowania w zakresie zadań nr: 10 i 14 a także art. 91 ust 1 ustawy, przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w zakresie zadań nr: 1, 5, 12.

Jednak Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W rozpoznawanej sprawie Izba pomimo potwierdzenia się zarzutów związanych z naruszeniem przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp oddaliła odwołanie, gdyż uznała, że złożenie ofert przez DC System na zadania opisane powyżej stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, a w takiej sytuacji uwzględnienie zarzutu w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp nie ma wpływu na wynik postępowania, ponieważ oferta DC System i tak podlega odrzuceniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt. 2, § 3, § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). W sprawach o sygn. akt KIO 904/12 i KIO 911/12 Izba uwzględniła koszty pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3690 zł w oparciu o przedłożoną na rozprawie fakturę VAT.

KIO 918/12

Po dokonaniu oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zustaleń Izby, co nie jest spornym, że Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe złożyło oferty na 2 zadania nr: 10 i 14. W złożonych ofertach wykonawca zastosował jednolitą podstawową stawkę podatku VAT – 23%.

Zamawiający odrzucił oferty Dolnośląskiego Przedsiębiorstwa Usługowego w trybie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp i unieważnił postępowanie w zakresie zdań nr 10 i 14 w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

W zakresie zarzutów dotyczących naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp Izba uznała zasadność podoszonych zarzutów.

Izba wskazuje, że argumentacja jaka legła u podstaw rozstrzygnięcia Izby jest tożsama z argumentacją zaprezentowaną przy rozpoznawaniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp i zawartego w odwołaniu o sygn. akt KIO 904/12. Tym samym jej powtarzanie Izba uznała za niecelowe.

Podsumowując, Izba uznała, że stwierdzone powyżej naruszenia przepisów ustawy mają istotny wpływ na wynik postępowania. Zatem działając na podstawie art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt. 1 ustawy Izba uwzględniła odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 918/12 i nakazała zamawiającemu w zakresie zadań nr 10 i 14: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Dolnośląskiego Przedsiębiorstwa Usługowego.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt. 2, § 3, § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła koszty pełnomocnika Dolnośląskiego Przedsiębiorstwa Usługowego w kwocie 3.600 zł w oparciu o przedłożoną na rozprawie fakturę VAT.

Przewodniczący:
.....
.....