

Sygn. akt: KIO 1395/12

Sygn. akt: KIO 1408/12

Sygn. akt: KIO 1412/12

Sygn. akt: KIO 1413/12

Sygn. akt: KIO 1423/12

WYROK
z dnia 23 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Barbara Bettman

Anna Chudzik

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lipca 2012 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 5 lipca 2012 r. przez Zakłady Usługowe „CENTRUM - USŁUGA” sp. z o.o., adres do korespondencji: ul. Piłsudskiego 40/1 A. 31-111 Kraków (KIO 1395/12)
- B. w dniu 6 lipca 2012 r. przez Zakłady Usługowe „WSCHÓD” Spółka z o.o., adres do korespondencji: 20-406 Lublin, ul. Gazowa 6 (KIO 1408/12)
- C. w dniu 6 lipca 2012 r. przez Bogdana Kościelnego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą WIKO Handel-Usługi Bogdan Kościelny, ul. Pokrętna 18 05-515 Nowa Iwiczna (KIO 1413/12)

D. w dniu 6 lipca 2012 r. przez IMPEL Cleaning Sp. z o. o., 53- 111 Wrocław, u. Ślężna 118 (KIO 1412/12)

E. w dniu 6 lipca 2012 r. przez DC SYSTEM Sp. z o. o. ul. Marsa 5 6 A; 04-242 Warszawa (KIO 1423/12)

w postępowaniu prowadzonym przez PKP INTERCITY S.A., ul. Żelazna 59a; 00-848 Warszawa

przy udziale:

- A. Zakładów Usługowych „WSCHÓD” Spółka z o.o., adres do korespondencji: 20-406 Lublin, ul. Gazowa 6, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1395/12, KIO 1413/12 po stronie Odwoływających oraz zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1412/12 po stronie Zamawiającego,
- B. Bogdana Kościelnego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą WIKO Handel-Usługi Bogdan Kościelny, ul. Pokrętna 18 05-515 Nowa Iwiczna zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1395/12, KIO 1408/12 po stronie Odwoływających oraz zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1412/12 po stronie Zamawiającego,
- C. IMPEL Cleaning Sp. z o. o., Wrocław, 53- 111 Wrocław, u. Ślężna 118, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1408/12, 1413/12 po stronie Zamawiającego,
- D. DC SYSTEM Sp. z o. o. ul. Marsa 5 6 A; 04-242 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1395/12 po stronie Odwoływającego,

orzeka:

A. sygn. akt: KIO 1395/12, KIO 1408/12, KIO 1413/12

- 1. Oddala odwołania w zadaniach: B, D, E wniesione przez: Zakłady Usługowe „CENTRUM - USŁUGA” sp. z o.o. (KIO 1395/12), Zakłady Usługowe „WSCHÓD” Spółka z o.o. (KIO 1408/12), Bogdana Kościelnego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą WIKO Handel-Usługi Bogdan Kościelny (KIO 1413/12)**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców: Zakłady Usługowe „CENTRUM - USŁUGA” sp. z o.o., Zakłady Usługowe „WSCHÓD” Spółka z o.o., Bogdana Kościelnego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą WIKO Handel-Usługi Bogdan Kościelny, ul. Pokrętna 18 05-515 Nowa Iwiczna i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 45 000 zł 00 gr (słownie czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców: Zakłady Usługowe „CENTRUM - USŁUGA” sp. z o.o., Zakłady Usługowe „WSCHÓD” Spółka z o.o., Bogdana Kościelnego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą WIKO Handel-Usługi Bogdan Kościelny, ul. Pokrętna 18 05-515 Nowa Iwiczna, w tym:
 - A) kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Zakłady Usługowe „CENTRUM - USŁUGA” sp. z o.o., adres do korespondencji: ul. Piłsudskiego 40/1 A. 31-111 Kraków,
 - B) kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Zakłady Usługowe „WSCHÓD” Spółka z o.o., adres do korespondencji: 20-406 Lublin, ul. Gazowa 6,
 - C) kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Bogdana Kościelnego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą WIKO Handel-Usługi Bogdan Kościelny, ul. Pokrętna 18 05-515 Nowa Iwiczna,

- 2) zasądza od Odwołujących się kwotę 4 428 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta dwadzieścia osiem złotych zero groszy) na rzecz PKP INTERCITY S.A., ul. Żelazna 59a; 00-848 Warszawa stanowiącą uzasadnione koszty strony, w tym:
- A) kwotę 1 476 zł 00 gr (słownie: tysiąc czterysta siedemdziesiąt sześćset złotych zero groszy) od Zakładów Usługowych „CENTRUM - USŁUGA” sp. z o.o., adres do korespondencji: ul. Piłsudskiego 40/1 A. 31-111 Kraków na rzecz PKP INTERCITY S.A., ul. Żelazna 59a; 00-848 Warszawa stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- B) kwotę 1 476 zł 00 gr (słownie: tysiąc czterysta siedemdziesiąt sześćset złotych zero groszy) od Zakładów Usługowych „WSCHÓD” Spółka z o.o., adres do korespondencji: 20-406 Lublin, ul. Gazowa 6 na rzecz PKP INTERCITY S.A., ul. Żelazna 59a; 00-848 Warszawa stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- C) kwotę 1 476 zł 00 gr (słownie: tysiąc czterysta siedemdziesiąt sześćset złotych zero groszy) od Bogdana Kościelnego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą WIKO Handel-Usługi Bogdan Kościelny, ul. Pokrętna 18 05-515 Nowa Iwiczna na rzecz PKP INTERCITY S.A., ul. Żelazna 59a; 00-848 Warszawa stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

B. sygn. akt: KIO 1412/12, KIO 1423/12

- 1. Uwzględnia odwołanie wniesione przez IMPEL Cleaning Sp. z o. o., Wrocław, 53-111 Wrocław, u. Ślężna 118 (KIO 1412/12) oraz DC SYSTEM Sp. z o. o. ul. Marsa 5 6 A; 04-242 Warszawa (KIO 1423/12) i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zadaniach B, D, E oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem ofert ww. wykonawców Odwołujących się.**

2. Kosztami postępowania obciąża PKP INTERCITY S.A., ul. Żelazna 59a; 00-848 Warszawa i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie trzydzieści tysięcy zero groszy), uiszczoną przez IMPEL Cleaning Sp. z o. o., Wrocław, 53- 111 Wrocław, u. Ślężna 118, oraz DC SYSTEM Sp. z o. o. ul. Marsa 5 6 A; 04-242 Warszawa, w tym:

A) kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez IMPEL Cleaning Sp. z o. o., Wrocław, 53- 111 Wrocław, u. Ślężna 118 tytułem wpisu od odwołania;

B) kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez DC SYSTEM Sp. z o. o. ul. Marsa 5 6 A; 04-242 Warszawa tytułem wpisu od odwołania;

2) zasądza od PKP INTERCITY S.A., ul. Żelazna 59a; 00-848 Warszawa na rzecz IMPEL Cleaning Sp. z o. o., Wrocław, 53- 111 Wrocław, u. Ślężna 118 oraz DC SYSTEM Sp. z o. o. ul. Marsa 5 6 A; 04-242 Warszawa kwotę 37 200 zł (słownie: trzydzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, w tym:

A) kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od PKP INTERCITY S.A., ul. Żelazna 59a; 00-848 Warszawa na rzecz IMPEL Cleaning Sp. z o. o., Wrocław, 53- 111 Wrocław, u. Ślężna stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

B) kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od PKP INTERCITY S.A., ul. Żelazna 59a; 00-848 Warszawa na rzecz DC SYSTEM Sp. z o. o. ul. Marsa 5 6 A; 04-242 Warszawa stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – PKP INTERCITY S.A., ul. Żelazna 59a; 00-848 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Kompleksową usługę utrzymania w czystości kolejowych wagonów osobowych i lokomotyw kursujących w pociągach Spółki PKP Intercity S.A ”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 21 listopada 2011 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 listopada 2011 r. pod numerem 2011/S 228-370525.

W dniu 26 czerwca 2012 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania w zadaniach B, D, E na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołanie o sygn. akt KIO 1395/12

Wykonawca Zakłady Usługowe „Centrum-Usługa” Sp. z o.o., ul. Strąkowa 22, 01-100 Warszawa w dniu 5 lipca 2012 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) (dalej zwany: „Odwołującym” bądź „Odwołującym Centrum - Usługa”) złożył odwołanie na czynności Zamawiającego, t.j.:

- unieważnienie postępowania w części B, D, E na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, pomimo tego, że w postępowaniu złożona została jedna oferta nie podlegająca odrzuceniu przez wykonawcę nie podlegającemu wykluczeniu (przez Odwołującego);
- odrzucenie oferty Odwołującego (w zakresie zadania D) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp pomimo faktu, że oferta Odwołującego nie zawiera błędów w obliczeniu ceny, a w szczególności zawiera prawidłowo obliczoną stawkę podatku VAT;
- zaniechanych w postępowaniu a polegających na nie wybraniu na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp najlepszej oferty spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w części D;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w

części D;

3) nakazanie Zamawiającemu ponownej oceny ofert/oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko, wskazał m. in. na następujące okoliczności:

Odwołujący wskazał, że przedmiotem niniejszego postępowania jest kompleksowa usługa polegająca na utrzymaniu w czystości taboru kolejowego należącego do Zamawiającego.

Usługa, będąca przedmiotem postępowania, została podzielona przez Zamawiającego na czynności, co obrazują załączniki Nr 4a, 4b, 4c i 4d do SIWZ. Zamawiający wyróżnił czynności podstawowe (mycie okresowe, czyszczenie codzienne oraz czyszczenie pobieżne) jak i szereg czynności dodatkowych. Jedną z czynności dodatkowych był „wywóz śmieci z oczyszczonych wagonów” (pkt 4.15) oraz „wybieranie nieczystości z wagonów z zamkniętym obiegiem WC 1 zbiornik” (pkt 4.18).

Ponadto w Rozdziale III pkt 9 SIWZ Zamawiający wskazał wprost, że „czynności dodatkowe wskazane w Załącznikach Nr 4a, 4b, 4c, 4d występują nie we wszystkich Zadaniach”. Z powyższego zapisu w ocenie Odwołującego wynika, że czynności dodatkowe zlecane przez Zamawiającego w miarę potrzeb nie pozostają z czynnościami podstawowymi w stosunku kompleksowości. Możliwe byłoby bowiem świadczenie usług podstawowych bez konieczności wykonywania czynności dodatkowych, a także świadczenie samych usług dodatkowych bez konieczności wykonywania jakichkolwiek usług podstawowych.

Powyższe stanowisko miały potwierdzać zapisy umowy stanowiącej załącznik Nr 8 do SIWZ. Zgodnie z §3 ust. 4 tej umowy wykonawca zobowiązuje się do wykonywania czynności dodatkowych po otrzymaniu dyspozycji od Zamawiającego. W ocenie Odwołującego możliwa jest zatem należyta realizacja przedmiotu umowy bez konieczności wykonywania czynności dodatkowych.

Zdaniem Odwołującego wymienione przez Zamawiającego w załączniku Nr 4a, 4b, 4c i 4d czynności dodatkowe nie stanowią wraz z czynnościami podstawowymi jednej usługi kompleksowej (jak nazwał zamówienie Zamawiający używając przy tym liczby pojedynczej „jedna usługa”). Czynności te pozostają ze sobą w pewnym związku funkcjonalnym, jednakże twierdzenie, że stanowią jedną kompleksową usługę jest, w ocenie Odwołującego całkowicie nieuprawnione. W opinii Odwołującego w stosunku do czynności polegających na wywozie śmieci z oczyszczonych wagonów oraz na opróżnianiu nieczystości ze zbiorników WC z zamkniętym obiegiem obowiązującą stawką podatku VAT jest stawka w wysokości 8%. W rezultacie powyższych ustaleń Odwołujący określił w ofercie cenę z uwzględnieniem dwóch różnych stawek podatku VAT (8% i 23%).

Pomimo uzyskania przez Zamawiającego wyjaśnienia Odwołującego na temat

sposobu wyliczenia ceny Zamawiający uznał, że została ona obliczona błędnie przez co oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego Zamawiający swoje rozstrzygnięcie oparł w całości na treści uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 maja 2012 r. wydanym w związku z przetargiem organizowanym przez Przewozy Regionalne sp. z o.o. dotyczącym udzielenie zamówienia na kompleksowe czyszczenie taboru kolejowego. W uzasadnieniu tego wyroku KIO uznała, że w przypadku kompleksowości czynności o wysokości stawki podatku VAT powinna przesądzać czynność główna, zatem dla wszelkich czynności przewidzianych danym zadaniem winna być stosowana jednolita stawka podatku VAT bez względu na to czy dla poszczególnych czynności odrębnie stosowana jest stawka preferencyjna.

Zatem Zamawiający dopatrył się w ofercie Odwołującego błędu w obliczeniu ceny polegającego na nieuzasadnionym wyodrębnieniu z kompleksowej usługi utrzymania czystości kolejowych wagonów osobowych i lokomotyw, usług składowych (w tym usług wywozu śmieci i wybierania nieczystości z wagonów z zamkniętym obiegiem WC) i zastosowaniu do nich właściwej stawki podatku VAT w wysokości 8%.

Nie bez znaczenia – w ocenie Odwołującego - dla niniejszej sprawy pozostaje także stanowisko Zamawiającego zajmowane w toku postępowania w zakresie stawek podatku VAT. Na pytanie dotyczące treści SIWZ w zakresie stawek podatku VAT Zamawiający wskazał, że w przygotowanych przez niego formularzach należy umieszczać jedynie ceny netto. Prawidłowość wyliczenia wielkości należnego podatku VAT spoczywać miała na wykonawcach (pismo Zamawiającego z dnia 8 lutego 2012 r.). Jednakże Zamawiający jako kryterium oceny ofert wskazał jedynie cenę netto (Rozdział XII pkt 2 SIWZ). Niezrozumiałe dla Odwołującego było działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie wskazania rzekomo niewłaściwej stawki podatku VAT skoro intencją Zamawiającego była weryfikacja ofert jedynie w oparciu o cenę netto.

Odwołujący powołał się stanowisko wyrażone w indywidualnej interpretacji z dnia 30 kwietnia 2012 r. sygnatura ILPP1/443-97/12-3/AI.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania w dniu 12 lipca 2010 r. zgłosili przystąpienie wykonawcy:

- Zakłady Usługowe „WSCHÓD” Spółka z o.o., zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1395/12 po stronie Odwołującego,

- Bogdan Kościelny prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą WIKO Handel-Usługi Bogdan Kościelny, ul. Pokrętna 18 05-515 Nowa Iwiczna zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1395/12 po stronie Odwoływającego,
- IMPEL Cleaning Sp. z o. o., Wrocław, 53- 111 Wrocław, u. Ślężna 118, zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1408/12 po stronie Zamawiającego,
- DC SYSTEM Sp. z o. o. ul. Marsa 5 6 A; 04-242 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1395/12 po stronie Odwoływającego.

Odwołanie o sygn. akt KIO 1408/12

Wykonawca Zakłady Usługowe „WSCHÓD” Spółka z o.o., adres do korespondencji: 20-406 Lublin, ul. Gazowa 6, (zwany dalej: „Odwoływającym” bądź „Odwoływającym Wschód”) w dniu 6 lipca 2012 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność unieważnienia postępowania w zadaniu E oraz odrzuceniu oferty Odwoływającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Odwoływający zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez nierówne traktowanie wykonawców i utrudnianie uczciwej konkurencji;
2. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp - poprzez udzielenie zamówienia wykonawcom wybranym niezgodnie z przepisami ustawy Pzp;
3. art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp - poprzez odrzucenie oferty Odwoływającego, która nie zawiera błędu w obliczeniu ceny;
4. art. 91 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp - poprzez unieważnienie postępowania z naruszeniem przesłanki upoważniającej do unieważnienia, bowiem oferta Odwoływającego nie podlega odrzuceniu;
5. art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o.

W związku z powyższym, Odwoływający wniósł o:

1. nakazanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zadaniu E;
2. nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
3. nakazanie wykluczenia wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o. w zadaniu E;
4. nakazanie dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem

oferty Odwołującego w zadaniu E.

Uzasadniając swoje stanowisko Odwołujący wskazał w odwołaniu w szczególności na następujące okoliczności faktyczne:

Zamawiający w przesłanej informacji z dnia 26 czerwca 2012r powiadomił o swojej decyzji w tym o: unieważnieniu postępowania w zadaniu E, odrzuceniu oferty Odwołującego w zadaniu E bowiem zawiera błędy w obliczeniu ceny. Odwołujący zauważył, iż kolejność czynności, jakich dokonał Zamawiający - unieważnienie postępowania, a dopiero później odrzucenie ofert - jest niewłaściwa. Ten brak chronologii działań Zamawiającego pozostaje jednak bez związku na uzasadnienie podstaw wniesienia odwołania.

W pierwszej kolejności Odwołujący odniósł się do – w jego ocenie - bezpodstawnego odrzucenia jego oferty, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, która to oferta, miałyby zawierać błędy w obliczeniu ceny. Zamawiający uzasadniając swoją decyzję posiłkował się złożonymi, w toku badania i oceny ofert, wyjaśnieniami wykonawców. W wyjaśnieniach tych Odwołujący wskazywał Zamawiającemu podstawy do wyliczenia podanej wartości wysokości VAT w swojej ofercie. Jednocześnie, Zamawiający, w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, sam wskazał na wadliwość postanowień SIWZ oraz że przyjął za dopuszczalne takie skalkulowanie w ofertach stawki VAT.

Ponadto przełożenie ciężaru odpowiedzialności w tym zakresie na wykonawcę, skutkowało złożeniem zapytań do SIWZ, przed terminem składania ofert, w formie zapytania: „Czy Zamawiający wszystkie czynności ujęte w załączniku 4a, 4b, 4c, 4d, będzie traktował jako usługę z 23% stawką podatku VAT?”. Odpowiedź Zamawiającego nie dała jednoznacznej odpowiedzi poza faktem, że nadal prawidłowość wyliczenia wielkości należnego podatku VAT spoczywała na wykonawcy. Tym samym, Odwołujący posiłkując się uzyskaną odpowiedzią z Urzędu Statystycznego z Łodzi, ustalił stawkę podatku VAT, w takiej wysokości, w jakiej będzie rozliczał się z tytułu wystawianych faktur za poszczególne, zlecane czynności, dla poszczególnych punktów czyszczeń, przez Zamawiającego. Jak przyznał sam Zamawiający, iż *dopuszczył takie skalkulowanie ceny*, tym bardziej nie zrozumiała jest decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego w zadaniu E. Kolejnym dowodem na potwierdzenie braku zasadności odrzucenia oferty Odwołującego, jakoby miała zawierać błędy w obliczeniu ceny, był fakt ustalenia w SIWZ w rozdz. XIII - Kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej oraz sposobu oceny ofert w oparciu o najniższą miesięczną cenę usługi netto , przy wadze 100%, co oznacza, że wszelkie ustalenia, co do wymagania podania wartości VAT u w Formularzu Ofertowym (zał. nr 7) miały mieć tylko charakter informacyjny i pozostawały bez wpływu na wybór oferty.

Swoje stanowisko Odwołujący potwierdza także dowodem, poprzez uznanie przez Zamawiającego w innych Zadaniach -(np. C, H ,J, K) tego samego postępowania, już

rozstrzygniętych, w których, podobnie, jak Odwołujący, inni wykonawcy (z wyłączeniem zadania H), złożyli oferty z wyliczoną wartością stawki VAT, dokonaną w taki sam sposób jak Odwołujący - część czynności z załączników od 4a do 4d w zależności od wskazanych tam ilości w danych czynnościach od 4.1 - 4.17 i 4.19 w wysokości - 23% oraz czynność 4.18 w wysokości - 8%. Zamawiający uznał te oferty za oferty nie podlegające odrzuceniu, wybrał jako oferty najkorzystniejsze, podpisał z wykonawcami umowy. Powyższe uzasadnienie, wskazane dowody, stanowią podstawę do uznania, że czynność Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego, która zawiera błędy w obliczeniu ceny jest bezpodstawna oraz w kontekście podjętych wcześniej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, udzielenia zamówienia publicznego w pozostałych zadaniach, tego samego postępowania, stanowi rażące naruszenie generalnej zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. W podanych wyżej przykładowych, rozstrzygniętych zadaniach, tego samego postępowania - sytuacja dotyczy wszystkich zadań, poza unieważnionymi B; D; E - występują te same okoliczności (poza ofertą dla zadania H) przy sporządzeniu i skalkulowaniu ceny, jak w ofercie Odwołującego. Ponadto, Odwołujący zaznaczył, że pomimo, iż złożono oferty na wymienione przykładowo zadania, z różnym sposobem ustalenia wartości VAT - zadanie H, tylko 23% od wartości netto - pozostałe zadania C; J; K - 23% i 8% od wartości netto, zależnie od skalkulowanej czynności, Zamawiający udzielił zamówienia wybranym wykonawcom w tych zadaniach. Zatem, odrzucenie oferty Odwołującego w zadaniu E, z uwagi na błędy w obliczeniu ceny, nie znajduje uzasadnienia prawnego, także ocena stanów faktycznych dowodzi, iż czynność ta nie znajduje podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego.

Ponadto w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający nie dokonał wykluczenia wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o., który to – w ocenie Odwołującego - nie spełnił warunków udziału, jakie zostały opisane przez Zamawiającego. Skoro Zamawiający stwierdził, że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, to w świetle poszanowania zasady należytej staranności, pełnego obiektywizmu i bezstronności, powinien także wykluczyć ww. wykonawcę z mocy art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż wykonawca ten, nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wszelka stwierdzona wadliwość złożonej oferty, powinna znaleźć odzwierciedlenie w czynnościach Zamawiającego. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu, w sekcji III.2.3 Zdolność techniczna, opisał sposób dokonywania oceny spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia: „1) Wykonawca musi wykazać, iż wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy, to w tym okresie, co najmniej jedno zamówienia w zakresie stacjonarnego mycia i czyszczenia okresowego, codziennego i pobieżnego kolejowych wagonów osobowych o wartości odpowiedniej dla Zadania E-1 600 000,00PLNnetto”; W tej samej sekcji ogłoszenia,

w pkt 7, zamawiający zawarł klauzulę, która uprawnia wykonawcę do możliwości polegania „{...}na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu, niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nim stosunków pod warunkiem, że wykonawca w tej sytuacji udowodni Zamawiającemu, iż będzie dysponowała zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Udowodnienie tego może nastąpić w szczególności poprzez przedłożenie wraz z ofertą pisemnego zobowiązania tych podmiotów do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia”. Zapisy te znalazły także odzwierciedlenie w SIWZ. Wykonawca Impel Cleaning Sp. z o.o., celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału, w wykazie wykonanych usług, dla zadania E, wykazał doświadczenie, polegając na innym podmiocie, tj. Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowe „JAWI” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu. Impel Cleaning Sp. z o.o., składając oświadczenie „Wykaz wykonanych usług”, w kolumnie wartość usługi wpisał kwotę 2.065.458,08 zł netto. W ofercie znajdują się także dokumenty stwierdzające wykonanie wskazanej usługi przez Spółkę JAWI, w formie referencji. Z treści tego dokumentu wynika, że Przedsiębiorstwo JAWI świadczyło w okresie od 1 stycznia 2009 do 31 grudnia 2011 r. usługi związane z utrzymaniem czystości taboru komunikacji miejskiej zajezdni tramwajowych MPK w Poznaniu. W referencjach stwierdzono, że godziny pracy były bieżąco dostosowywane do specyficznych wymagań przedsiębiorstwa komunikacji miejskiej. Ponadto stwierdzono, że utrzymanie czystości wykonywane było przez pracowników firmy z wykorzystaniem własnych środków czystości oraz sprzętem specjalistycznym. W treści przedmiotowej referencji nie ma jednego zdania, na temat należytego wykonywania czy też wykonania usługi. Zawarta treść w referencji jest tylko odzwierciedleniem okoliczności realizacji zadania - co robiono, u kogo, kim, w jakich godzinach i jakimi środkami. Takie stwierdzenia nie potwierdza należytego wykonania usługi. Załączona referencja jest dokumentem, który nie stanowi podstawy do uznania, że wykazana usługa była wykonana należycie. W tym miejscu należy zaznaczyć, że rozporządzenie z dnia 30 grudnia 2009 r w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mają być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) wymienia m. innymi katalog dokumentów podmiotowych. Zamawiający działając w oparciu o art. 25 ust. 1 ustawy Pzp może żądać oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału. Opisując sposób dokonywania oceny spełnienia warunków udziału, wskazuje z powyższego rozporządzenia dokumenty, w których wykonawcy potwierdzają, iż opisane warunki spełniają. Tak, też w tym wypadku, Zamawiający w SIWZ, w rozdziale VI - wykaz oświadczeń i dokumentów (...), ust. 2, pkt. 1) wymienił dokument, który odpowiada dokumentowi z §1 ust. 1 pkt. 3) rozporządzenia.

Analizując kolejne, załączone przez wykonawcę Impel Cleaning Sp. z o.o. dokumenty i oświadczenia, Odwołujący wskazał na pisemne zobowiązanie Przedsiębiorstwa JAWI, jako

podmiotu trzeciego. W ocenie Odwołującego wykonawca Impel Cleaning Sp. z o.o. powinien udowodnić, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami na czas realizacji zamówienia. Norma art. 26 ust. 2b, skierowana do wykonawców, uprawnia ich do wykazania spełnienia warunku udziału wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia, także zdolności finansowej poprzez poleganie na innym podmiocie niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nim stosunków. W sposób szczególny, dla oceny spełnienia warunku udziału, należy podejść do oddanej wiedzy i doświadczenia przez innym podmiot, jako dobra niematerialnego, ale jednocześnie na trwałe związanego z renomą i bytem danego przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego treść zobowiązania podmiotu trzeciego powinna określać:

- a) kto jest podmiotem przyjmującym zasoby;
- b) zakres zobowiązania podmiotu trzeciego;
- c) czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz
- d) w jaki sposób będzie ono wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy.

Analizując treść pisemnego zobowiązania Odwołujący zauważył, że Przedsiębiorstwo JAWI oddało wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o. niezbędny zasób. *W ocenie Odwołującego powyższe zobowiązanie podmiotu trzeciego w swej treści jest niepełne*, brak jest zapisu, jaki to ma być zasób - *na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia publicznego* - wykonaniu czy wykonywaniu, czas przeszły dokonany, czy czas przyszły niedokonany – wpisując tylko nazwę postępowania. Zatem treść ww. zobowiązania nie określa zakresu zobowiązania podmiotu trzeciego, czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie ono wykonywane, w tym jakiego okresu dotyczy. Ponadto wykonawca Impel Cleaning Sp. z o.o. wskazał łączną kwotę wartości usług 4 585 895,28 PLN brutto. Wykonawca Impel Cleaning Sp. z o.o. w wykazie usług (zał. nr 11 do SIWZ) podał dla tej usługi kwotę 2 065 485,08 zł netto. Zamawiający badając ofertę powinien wyjaśnić, ustalić skąd właśnie taka wartość, kto ją podał i dlaczego wykonawca ją wskazał, skoro podana wiedza i doświadczenie jest zapożyczona od JAWI. Z powyższego w ocenie Odwołującego wynika, że wykonawca Impel Cleaning Sp. z o.o. podlega wykluczeniu z postępowania, gdyż nie potwierdził i nie wykazał spełnienia warunków udziału oraz nie udowodnił, iż jest zdolny do wykonania zamówienia czym powinien zapewnić Zamawiającego.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania w dniu 12 lipca 2010 r. zgłosili przystąpienie wykonawcy:

- Bogdan Kościelny prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą WIKO Handel-Usługi Bogdan Kościelny, ul. Pokrętna 18 05-515 Nowa Iwiczna zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1408/12 po stronie Odwołującego,

- IMPEL Cleaning Sp. z o. o., Wrocław, 53- 111 Wrocław, u. Ślężna 118, zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1408/12 po stronie Zamawiającego.

Odwołanie o sygn. akt KIO 1412/12

Wykonawca Impel Cleaning Sp. z o.o., 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118 (zwany dalej: „Odwołującym” bądź „Odwołującym Impel”) w dniu 6 lipca 2012 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność unieważnienia postępowania w zadaniu B i E oraz odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w zadaniu B i E pomimo, że jej złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania w zadaniach B i E mimo że zostały złożone ważne oferty,
- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych.

Uzasadniając swoje stanowisko Odwołujący wskazał w odwołaniu w szczególności na następujące okoliczności faktyczne:

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji powoływał się na zmodyfikowane w dniu 10 stycznia 2012 r. postanowienia punktu V ust. 2 SIWZ, zgodnie z którymi wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne wykazali się, wykonaniem (...) co najmniej jednego zamówienia w zakresie stacjonarnego mycia i czyszczenia okresowego, codziennego i pobieżnego kolejowych wagonów osobowych o wartości odpowiedniej dla zadania od A do K oraz na postanowienia SIWZ, zgodnie z którymi „w przypadku wykonawców przystępujących do więcej niż jednego zadania, wykonawca może przedstawić na spełnienie warunku zamówienie (usługę) dla większej liczby zadań, z zastrzeżeniem iż wartość przedstawionego zamówienia (usługi) nie może być niższa niż suma wartości

przyporządkowanych zadaniom o udzielnie zamówienia, w których wykonawca będzie się ubiegał". W ocenie Odwołującego Zamawiający w sposób całkowicie chybiony uzasadnia zarzut popełnienia przez Odwołującego czynu nieuczciwej konkurencji, otóż tym, iż Odwołujący oraz inny wykonawca - DC System Sp. z o.o. - biorący udział w postępowaniu, w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, posłużyli się tym samym potencjałem w zakresie doświadczenia, albowiem:

1) Spółka IMPEL Cleaning sp. z o.o. składając ofertę: w zadaniu B wskazała na własne doświadczenie zdobyte w spółce Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. w zakresie czyszczenia wagonów na sumę 2 765 587,81 zł; w zadaniu E posłużyła się potencjałem podmiotu trzeciego tj.: spółki JAWI sp. z o.o. Na potwierdzenie posiadanego doświadczenia złożyła m.in. wykaz i referencje potwierdzające wykonanie przez JAWI sp. z o.o. na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego z siedzibą w Poznaniu usługi utrzymania taboru komunikacji miejskiej o wartości 2 065 485,08 zł. 2) Spółka DC System składając ofertę: W zadaniu D posłużyła się udostępnionym przez podmiot trzeci tj.: IMPEL Cleaning sp. z o.o. doświadczeniem zdobytym w spółce Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. w zakresie czyszczenia wagonów sumę 2 765 587,81 zł. W zadaniu I posłużyła się potencjałem podmiotu trzeciego tj.: spółki JAWI sp. z o.o. zdobytym podczas realizacji zamówienia na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego z siedzibą w Poznaniu w zakresie czyszczenia wagonów na sumę 2 065 485,08 zł. Według Odwołującego w błędnej ocenie Zamawiającego, udostępnienie spółce DC System własnego doświadczenia przez Odwołującego jak i wykorzystanie tego samego doświadczenia podmiotu trzeciego - spółki JAWI sp. z o.o. miało na celu doprowadzenie do uzyskania zamówienia w większej liczbie zadań, niż pozwalało na to doświadczenie, którym legitymowali się wykonawcy. W ocenie Odwołującego Zamawiający błędnie uznał, że takie działanie powiązanych ze sobą kapitałowo spółek, przy wykorzystaniu prawa do udostępniania doświadczenia na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, doprowadziło do obejścia określonego w SIWZ nakazu sumowania przez wykonawcę doświadczenia, którym zobowiązany był legitymować się w przypadku złożenia oferty na więcej niż jedno zadanie. Zamawiający w rezultacie bezpodstawnie przyjął, że takie działanie Odwołującego utrudnia pozostałym przedsiębiorcom dostęp do uzyskania zamówienia przez co w sposób oczywisty zagraża interesom innych przedsiębiorców, którzy przy zachowaniu uczciwej konkurencji ubiegają się o realizację zamówienia w w/w zadaniach. Wskazał jednocześnie, że uprawnienie wykonawców do polegania na wiedzy i doświadczeniu podmiotów trzecich wynika z art. 26 ust 2b ustawy Pzp, który stanowi, że *„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 nimi stosunków”*. Ustawodawca formułując przywołany przepis nie ograniczył zakresu jego

stosowania, w szczególności nie przewidział, że zasób w postaci wiedzy i doświadczenia nie może być udostępniany wielokrotnie przez tę samą osobę. Z uwagi na to, że przepis ten kreuje uprawnienia dla wykonawców, a jego błędna interpretacja może nieść za sobą poważne konsekwencje dla wykonawcy (wykluczenie z postępowania), nie można go interpretować zawężająco, a w przypadku wątpliwości należy wybierać interpretację przychylną dla wykonawców, zmierzającą do utrzymania ich udziału w postępowaniu. Należy przypomnieć, że jak wynika z uzasadnienia ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591), celem wprowadzenia art. 26 ust. 2b było zwiększenie konkurencyjności postępowań poprzez zapewnienie udziału w nich jak największej liczby wykonawców. „Doświadczenie” w odróżnieniu od „potencjału technicznego i ludzkiego” ma postać niematerialną. O ile podmiot trzeci udostępniający zasoby w postaci np. maszyn lub kluczowych pracowników może je przekazać wyłącznie jednemu wykonawcy, tak podzielić się swoim doświadczeniem może w dość prosty sposób jednocześnie z kilkoma wykonawcami realizującymi różne części zamówienia (np. zorganizować dla nich wspólne szkolenie lub obydwu udostępnić podręczniki know-how). Nie ulega wątpliwości, iż w pełni uzasadniony jest pogląd o dopuszczalności wielokrotnego, jednoczesnego przekazywania doświadczenia, o czym przesądza jego niematerialna natura. Zamawiający jednakże błędnie uznał, iż nie jest dopuszczalne udostępnianie potencjału przez jeden podmiot kilku wykonawcom w tym samym postępowaniu. Tymczasem, to podmiot udostępniający potencjał decyduje, w jakim zakresie udostępni swoje zasoby. Ponadto, według Odwołującego akcentowanie przez Zamawiającego faktu przynależności przez Odwołującego oraz DC System Sp. z o.o. do jednej grupy kapitałowej jest zupełnie nieuzasadnione, gdyż przepisy ustawy nie ograniczają a priori prawa takich wykonawców do współuczestniczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Często zaś, zwłaszcza w przypadku zamówień podzielonych na części, udział tych wykonawców w postępowaniu wynika ze względów organizacyjnych i konieczności właściwego zarządzania realizacją udzielonych zamówień z perspektywy całej grupy kapitałowej. Należy zwrócić uwagę, iż Odwołujący oraz DC System Sp. z o.o. uczestniczyli w postępowaniu w zakresie całkowicie różnych zadań, dlatego też nieuprawnione byłoby założenie, że ich jednoczesny udział w postępowaniu w jakikolwiek sposób zakłócił konkurencję. Powiązanie kapitałowe nie jest również przeszkodą w udostępnieniu doświadczenia, co wyraźnie wynika z literalnego brzmienia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz znajduje potwierdzenie w jednolitym orzecznictwie Izby. Z punktu widzenia skuteczności złożonego przez osobę trzecią zobowiązania za prawnie irrelevantne należy uznać relacje podmiotów związanych stosunkiem prawnym mającym swoje źródło w art. 26 ust. 2b ustawy”. Zamawiający bezpodstawnie uznał, że działanie Odwołującego, w całości zgodne z wymogami art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz brzmieniem SIWZ stanowi obejście

określonego w SIWZ nakazu sumowania doświadczenia i jest jednocześnie czynem nieuczciwej konkurencji, gdyż „utrudnia pozostałym przedsiębiorcom dostęp do uzyskania zamówienia, przez co w sposób oczywisty zagraża interesom innych przedsiębiorców”. Zatem działanie Zamawiającego stanowi poważne uchybienie art. 7, 89 ust. 1 pkt 3 oraz 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania w dniu 12 lipca 2010 r. zgłosili przystąpienie wykonawcy:

- Zakłady Usługowe „WSCHÓD” Sp. z o.o., adres do korespondencji: 20-46 Lublin, ul. Gazowa 6, zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1412/12 po stronie Zamawiającego,
- Bogdan Kościelny prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą WIKO Handel Usługi Bogdan Kościelny, ul. Pokrętna 18, 05-515 Nowa Niwiczna zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1412/12 po stronie Zamawiającego.

odwołanie o sygn. akt KIO 1413/12

Wykonawca Bogdan Kościelny prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą WIKO Handel – Usługi Bogdan Kościelny, ul. Pokrętna 18 05-515 Nowa Iwiczna (zwany dalej: „Odwołującym” bądź „Odwołującym WIKO”) w dniu 6 lipca 2012 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność unieważnienia postępowania w zadaniu B oraz odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- Art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że nie zawierała błędu w obliczeniu ceny a jej cena obliczona była prawidłowo,
- ewentualnie - art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty”,
- art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu tj. oferty Odwołującego,
- art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania, pomimo, że wpłynęła oferta nie podlegająca odrzuceniu (oferta Odwołującego).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności badania i oceny oferty Odwołującego, tj. odrzucenia oferty Odwołującego,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- dokonanie wyboru oferty Odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

Uzasadniając swoje stanowisko Odwołujący wskazał w odwołaniu w szczególności na następujące okoliczności faktyczne:

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w dniu 26 czerwca 2012 r. poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty w zadaniu B przedmiotowego postępowania.

Jako podstawę prawną odrzucenia - wskazał art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Ponadto Zamawiający wzywał wykonawców do wyjaśnienia w sprawie zastosowania różnych stawek podatkowych i po analizie wyjaśnień, zawierających stanowiska organów podatkowych - zdecydował się pierwotnie na uznanie, że dopuszczalne skalkulowanie w ofertach stawki podatku Vat uwzględniającej stawkę 8-procentową na czynności „wywozu śmieci z oczyszczonych wagonów tj. pkt 4.15 zestawienia usług” oraz „wybierania nieczystości z wagonów - z zamkniętym obiegiem WC tj. pkt 4.18 zestawienia usług”.

W opinii Odwołującego Zamawiający popełnił błąd generalizując wykonywane usługi, nie uwzględniając indywidualnego charakteru każdej usługi - w niniejszym przypadku usługi wykonywane na rzecz PKP Intercity S.A. w przypadkach niektórych pociągów przez Odwołującego - dotyczą wagonów wyposażonych w WC i jednym z elementów istotnych wykonywania tej usługi jest opróżnianie i wywóz nieczystości - stanowi to element różniący się od pozostałych m.in. stawką podatku Vat.

Odwołujący wskazał na treść rozdziału XII SIWZ: *„Sumy wierszy oznaczonych Jako „Lp. 5”, z Załączników nr 4a, 4b, 4c, 4d dotyczących wszystkich typów wagonów i lokomotyw oraz punktów czyszczeń objętych danym „Zadaniem”, powinny zostać wpisane do formularza ofertowego dotyczącego tego Zadania, jako miesięczna wartość usługi netto.”* Zaznaczył również, że wykonuje usługi czyszczenia wagonów od wielu lat. Usługi te - związane są niekiedy (ale nie zawsze) - z elementami, o których mowa w pkt 4.15 i 4.18 załączników 4a, b,c.

Według Odwołującego czynności : 4.15 - „Wywóz śmieci z oczyszczonych wagonów (szt wagonów) oraz 4.18 - „ Wybieranie nieczystości z wagonów z zamkniętym obiegiem WC 1 zbiornik, mieszczą się w grupowaniach Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) wprowadzonej rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 29.10.2004 r. (Dz. U. Nr 207 poz.

1293 z późn. zm.) odpowiednio: 4.15 - PKWiU 38.11 - Usługi związane ze zbieraniem odpadów innych niż niebezpieczne, 4.18 - PKWiU 37.00.1 - Usługi związane ze ściekami.

Pozostałe pozycje PKWiU 38.11 oraz PKWiU 37.00.1 zawierają się odpowiednio w pozycjach 142 i 143 Załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r. nr 54 poz. 535 z późn. zmianami) co powoduje, iż podlegają one opodatkowaniu stawką podatku VAT w wysokości 8%, natomiast pozycja PKWiU 81.29.1 stawką 23%.

W Rozdziale XII Zamawiający wskazał, że: „Cena oferty winna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w SIWZ”. Zatem określenie „w tym również wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w SIWZ” wskazywało według Odwołującego jednoznacznie, że cena całkowita miała charakter złożony - obejmowała różne koszty.

Ponadto intencją Odwołującego, oraz pozostałych wykonawców było jednoznaczne i pełne ujęcie wszystkich kosztów w tym również „kosztów towarzyszących wykonaniu”, o których mowa w SIWZ (wypełnienie żądania z Rozdziału XII pkt 5).

Podsumowując Odwołujący zaznaczył, że stawka zastosowana przez niego - związana jest z wieloletnim doświadczeniem w wykonywaniu specjalnych usług jakimi są usługi z zakresu czyszczenia taboru kolejowego. W trakcie wykonywania tych usług - uczestnicy rynku - zwracali się do organów podatkowych (interpretacja indywidualna z 30 kwietnia 2012 r. wydana przez Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu (ILPP1/443-97/12-3/AI, ILPP1/443- 97/12-4/AI, ILPP1/443-97/12-6/AI) oraz statystycznych (odpowiedź Urzędu Statystycznego z Łodzi na pytanie Zakładów Usługowych „Wschód”) z pytaniami o zastosowanie i kwalifikację danej usługi - interpretacje i odpowiedzi – w ocenie Odwołującego - w sposób jednoznaczny wskazywały na możliwość zastosowania stawki 8% do usług z pkt 4.15 i 4.18.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania w dniu 12 lipca 2010 r. zgłosili przystąpienie wykonawcy:

- Zakłady Usługowe „WSCHÓD” Sp. z o.o., adres do korespondencji: 20-46 Lublin, ul. Gazowa 6, zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1408/12 po stronie Odwołującego,

- IMPEL Cleaning Sp. z o. o., Wrocław, 53- 111 Wrocław, u. Ślężna 118, zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1413/12 po stronie Zamawiającego.

odwołanie o sygn. akt KIO 1423/12

Wykonawca DC System Sp. z o.o., ul. Marsa 56 A, 04-242 Warszawa (zwany dalej: „Odwołującym” bądź „Odwołującym DC System”) w dniu 6 lipca 2012 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność unieważnienia postępowania w zadaniu D i I oraz odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez uznanie przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego w zakresie części D i I podlega odrzuceniu gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 2) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, a w rezultacie bezpodstawne unieważnienie postępowania w zakresie części D;
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) uchylenie czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podst. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w zakresie części D i I;
- 2) uchylenie czynności unieważnienia Postępowania w zakresie części D;
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niewykluczonych z postępowania w zakresie części D.

Uzasadniając swoje stanowisko Odwołujący wskazał w odwołaniu w szczególności na następujące okoliczności faktyczne:

W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał błędnego ustalenia, iż DC System sp. z o.o., uchybił postanowieniom SIWZ, nakazującym sumowanie doświadczenia wymaganego od wykonawcy, który ubiega się o udzielenie zamówienia na więcej niż jedno zadanie. Zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego (art. 1 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych). W związku z powyższym podmioty powiązane kapitałowo nie mogą być uznawane za jednego wykonawcę.

Odwołujący odnosząc się do kwestii dopuszczalności powołania się przez kilku wykonawców ubiegających się o udzielenie danego zamówienia na potencjał tego samego podmiotu trzeciego (na to samo doświadczenie), wskazał, że to podmiot udostępniający zasoby, a nie Zamawiający decyduje w jaki sposób i ilu wykonawcom zasoby te zostaną udostępnione. Ustawie Pzp nie jest znane jakiegokolwiek ograniczenie uprawnienia przyznanego przez art. 26 ust. 2b, który wyraźnie stanowi, że *„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 nimi stosunków”*. Podkreślenia wymaga także okoliczność, że udostępnienie zasobów, 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 Odwołujący. Tym samym w ocenie Odwołującego błędnym jest stanowisko Zamawiającego, że DC System sp. z o.o. wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu potencjałem doświadczenia już przez siebie wykorzystanym w postępowaniu. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie wykazał w jakikolwiek sposób, aby działanie Odwołującego stanowiło naruszenie prawa lub dobrych obyczajów. Tymczasem to Odwołujący składając ofertę bezwzględnie kierował się jasnym brzmieniem przepisów ustawy oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zarzucanie Odwołującemu nadużycia prawa podmiotowego (rzekome nadużycie przysługujących wykonawcy uprawnień w celu uzyskania zamówienia w zakresie części B, D, E, I) a w konsekwencji także art. 26 ust. 2b i art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest w ocenie Odwołującego - całkowicie nieuprawnione. Tym samym w ocenie Odwołującego bezpodstawną jest teza, że naruszone zostały dobre obyczaje kupieckie, skutkiem czego DC System dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji i na mocy art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp, jego oferta powinna zostać odrzucona. Odwołujący podkreślił, że samo istnienie powiązań kapitałowych pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia nie przesądza o dopuszczeniu się przez tychże wykonawców czynu nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem Odwołującego przedstawione przez Zamawiającego, w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego oprócz całkowicie chybionego poglądu o nadużyciu prawa przez Impel Cleaning sp. z o.o. i DC System sp. z o.o., nie zawierają jakichkolwiek tez lub argumentów niezbędnych do uznania, że działania ww. powiązanych kapitałowo spółek stanowią czyn nieuczciwej konkurencji. W szczególności nie zostały określone lub opisane dobre obyczaje kupieckie, które zdaniem Zamawiającego zostały naruszone. Odwołujący podkreślał, że stanowiąca podstawę odrzucenia oferty DC System sp. z o.o. teza, że złożona przez niego oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji nie została udowodniona.

Odwołujący podniósł również, że sam fakt udostępnienia potencjału nawet pomiędzy spółkami powiązаныmi kapitałowo, nie stanowi naruszenia któregokolwiek z dobrych obyczajów kupieckich. Każdy z wykonawców w postępowaniu mógł bowiem wykazać się doświadczeniem i wiedzą podmiotu trzeciego. Fakt, iż żaden z pozostałych wykonawców nie był zainteresowany złożeniem oferty bądź to jako konsorcjum bądź to korzystając z udostępnienia, o którym mowa w art. 26 ust. 2b nie stanowi dowodu, że DC System sp. z o.o. i Impel Cleaning sp. z o.o. naruszyły zasady uczciwej konkurencji lub dobre obyczaje. Odwołujący podkreślił, że złożenie oferty w postępowaniu jest niezależną i suwerenną decyzją każdego z wykonawców. Odwołujący nie naruszył ani też nie zagroził swoim działaniem interesom podmiotów konkurencyjnych, podobnie uszczerbku nie doznały interesy klienta - Zamawiającego. Dodatkowo wskazał, że w postępowaniu wykonawca mógł złożyć ofertę na wybrane przez siebie zadania częściowe. W związku z powyższym, odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp było całkowicie nieuprawnione.

Zatem, jak twierdził Odwołujący nie można mówić o jakimkolwiek nieuczciwym, sprzecznym z dobrymi obyczajami czynie wówczas, gdy przedsiębiorca działa zgodnie z wyraźnymi przepisami prawa oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający nie udowodnił, że oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu, stanowiąc czyn nieuczciwej konkurencji. Tym samym, zarzut Zamawiającego dot. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp był w ocenie Odwołującego bezpodstawny.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu, jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz stanowiska Przystępujących złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołania o sygn. akt KIO 1395/12, KIO 1408/12, KIO 1413/12

Odwołania, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołujących wpisu, podlegają rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący (Odwołujący Zakłady Usługowe „Centrum – Usługa” Sp. z o.o. oraz Zakłady Usługowe „Wschód” Sp. z o.o. oraz Odwołujący Bogdan Kościelny

prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą WIKO Handel Usługi) legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 9 lipca 2012 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania w dniu 12 lipca 2010 r. zgłosili przystąpienie wykonawcy:

- Zakłady Usługowe „WSCHÓD” Spółka z o.o., zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1395/12, KIO 1413/12 po stronie Odwołujących,
- Bogdan Kościelny prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą WIKO Handel-Usługi Bogdan Kościelny, ul. Pokrętna 18 05-515 Nowa Iwiczna zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1395/12, KIO 1408/12 po stronie Odwołujących,
- IMPEL Cleaning Sp. z o. o., Wrocław, 53- 111 Wrocław, u. Ślężna 118, zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1408/12, 1413/12 po stronie Zamawiającego,
- DC SYSTEM Sp. z o. o. ul. Marsa 5 6 A; 04-242 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1395/12 po stronie Odwołującego.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpień do postępowań odwoławczych po stronie Odwołujących ww. wykonawców.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołania wniesione przez wykonawców: Zakłady Usługowe „Centrum – Usługa” Sp. z o.o., Zakłady Usługowe „Wschód” Sp. z o.o. oraz Bogdana Kościelnego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą WIKO Handel Usługi należy uznać jako niezasadne i nie zasługujące na uwzględnienie.

Rozstrzygnięcie podnoszonych zarzutów sprowadza się do ustalenia, czy w omawianym 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% czy też należało przyjąć dwie stawki VAT 23% oraz 8% w stosunku do czynności polegających na wywozie śmieci z oczyszczonych wagonów oraz na opróżnianiu nieczystości ze zbiorników WC z zamkniętym obiegiem?

Izba zwróciła uwagę m. in. na następujące postanowienia SIWZ:

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest stacjonarne świadczenie kompleksowych usług utrzymania w czystości kolejowych wagonów osobowych, ED-74 i lokomotyw zleczanych do czyszczenia przez Zamawiającego, w punktach czyszczeń, z podziałem na 15 zadań nazwane od litery A do litery O.

Rozdział III „Opis przedmiotu zamówienia”:

- pkt 2: Rodzaje i zakresy czyszczeń oraz definicje podstawowych pojęć w ww. zakresie zawiera załącznik nr 6 i 6a do SIWZ;
- pkt 9 Czynności dodatkowe wskazane w załącznikach nr 4a, 4b, 4c, 4d występują nie we wszystkich zadaniach;

Rozdział XII „Opis sposobu obliczenia ceny”:

- pkt 6: cena oferty winna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszystkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w SIWZ;
- pkt 8: cenę oferty na poszczególne zadanie stanowi: wartość za zamówienie netto określona i wyliczona w Formularzu cenowym netto, powiększona o podatek VAT. Prawidłowe ustalenie podatku VAT należy do obowiązków wykonawcy – zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r., Nr 54, poz. 535 z późn. zm.).

Rozdział XIII „Kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej oraz sposób oceny oferty”:

- pkt 2: Zamawiający dokona badania i oceny ofert dla poszczególnych zadań. Oferta z najniższą ceną na dane zadanie otrzyma 100 pkt. Punkty jakie otrzymują badane oferty będą liczone wg wzoru:

$$K = \frac{K \text{ min}}{K \text{ bad.}} \times 100 \text{ punktów}$$

Gdzie:

K min – oznacza ofertę z najniższą miesięczną ceną usługi netto,

K bad – oznacza cenę miesięczną usługi netto w ramach oferty badanej

§ 3 ust. 4 projektu umowy:

Wykonawca zobowiązuje się do wykonania czyszczeń dodatkowych, nie ujętych w harmonogramie, po otrzymaniu dyspozycji od Zamawiającego. Dodatkowe czyszczenie winno być zgłoszone wykonawcy z 2 – godzinnym wyprzedzeniem.

Izba ustaliła również, że Zamawiający występował do wykonawców o wyjaśnienia sposobu wyliczenia ceny oferty i wysokości stawek podatkowych VAT oraz wskazania podstaw prawnych do ich zastosowania, wykonawcy zaś w tym przedmiocie udzielili Zamawiającemu stosownych wyjaśnień.

Zamawiający pismem z dnia 26 czerwca 2012 r. unieważnił postępowanie w zadaniu B, D, E na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, z uwagi na niezłożenie żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający uznał, że pozostałe złożone w postępowaniu na zadania B, D, E oferty wykonawców: Zakłady Usługowe „Centrum-Usługa” Spółka z o.o. (zadanie D), WIKO Handel-Usługi Bogdan Kościelny (zadanie B), Zakłady Usługowe „Wschód” Spółka z o.o. (zadanie E) podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy Pzp, zgodnie z którego treścią Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego wskazującego, że zamawiana usługa kompleksowego utrzymania w czystości kolejowych wagonów osobowych i lokomotyw kursujących w pociągach Zamawiającego posiada charakter usługi kompleksowej, a zatem dla całości zamówienia należy zastosować 23% stawkę podatku VAT.

Krajowa Izba Odwoławcza (w ślad za wyrokiem KIO z dnia 28 maja 2012 r., sygn. akt KIO 904/12, KIO 911/12, KIO 918/12) 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 (uzasadnienie 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.

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).

Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający w SIWZ, w punkcie III. 1. w odniesieniu do rodzajów i zakresu czyszczeń oraz definicji podstawowych pojęć, odesłał do załącznika nr 6 i 6a do SIWZ (punkt III.2 SIWZ), w innych postanowieniach SIWZ Zamawiający również odniósł się do kompleksowej usługi czyszczenia. Ponadto w formularzu oferty (zał. Nr 7 do SIWZ) w punkcie 1 odnosząc się do miesięcznej ceny za wykonanie czynności objętych zadaniem, Zamawiający oczekiwał podania przez wykonawców 1 ceny - ceny za wykonanie wszystkich czynności w ramach danego zadania w okresie 1 miesiąca, z uwzględnieniem ceny netto, Vat-u oraz ceny brutto.

Izba wzięła pod rozwagę argumentację Zamawiającego, że część z usług objętych przedmiotem zamówienia, będzie wykonywana po otrzymaniu dyspozycji Zamawiającego (§3 ust.4 projektu umowy), jednak powyższe nie determinuje i nie może być kluczowe dla oceny charakteru kompleksowości danej usługi. Nie ulega wątpliwości, że takie usługi, jak wywóz śmieci z oczyszczonych wagonów (poz. 4.15 załącznika nr 4) oraz wybieranie nieczystości z wagonów z zamkniętym obiegiem WC (poz. 4.18), czyli te usługi, dla których wykonawcy przewidzieli 8 % Vat, nie muszą, a nawet w niektórych przypadkach nie mogą być wykonywane podczas każdego czyszczenia wagonów.

Badając charakter niniejszych usług planując czynności, które będą wykonywane w ramach czyszczenia wagonów, należało – na co wskazał Zamawiający - uwzględnić: liczbę

pasażerów w pociągach kursujących na danych liniach, czy też warunki terenowe dla dokonywania poszczególnych czynności, na konkretnych stacjach postojowych.

Izba wzięła również pod rozwagę argumentację, że usługi dodatkowe stanowią mniejszy procent udziałowy w porównaniu do czynności głównej, którą jest mycie i czyszczenie wagonów. Zatem nie można przypisać ww. usługom istotnego pod względem ekonomicznym udziału w całości zamawianej usługi.

Powyższych ustaleń nie determinuje również - na co wskazują Odwołujący - okoliczność wskazana w punkcie XIII pkt 2. SIWZ, we wzorze obliczenia ceny - odwołania do ceny usługi netto. Jak wskazał Zamawiający powyższy zapis należy bowiem czytać wraz z pozostałymi postanowieniami SIWZ, gdzie w punkcie XII.8, Zamawiający wskazał że cenę oferty na poszczególne zadania stanowi: wartość za zamówienie netto określona i wyliczona w Formularzu cenowym netto, powiększona o podatek Vat.

Nie ulega zatem wątpliwości, że biorąc pod uwagę przepis art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, przy dokonywaniu oceny ofert należy uwzględniać cenę, a stosownie do art. 2 ust. 1 ustawy Pzp, jest to cena w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz.U. Nr 97, poz. 1050 z późn. zm.) czyli cena brutto. Zatem podniesiony w tym zakresie argument Odwołujących nie zwalniał Zamawiającego z obowiązku badania prawidłowości zastosowanej przez wykonawców stawki podatku Vat. Zatem niewłaściwe wskazanie stawki podatku Vat, stanowi błąd w obliczeniu ceny, a Zamawiający ma obowiązek odrzucić taką ofertą na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Odnosząc się do interpretacji indywidualnej datowanej na 30 kwietnia 2012 r. wydanej przez Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu na wniosek wykonawcy Zakładu Usługowego „Zachód” Sp. z o.o.(ILPP1/443-97/123/AI), przywołanej przez Odwołującego Centrum Usługa, Izba wskazuje, że nieuprawnionym byłoby ocenianie ofert przez pryzmat interpretacji wydanej na rzecz innego podmiotu i w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba zauważa, że taka interpretacja skierowana do konkretnego podmiotu wiąże wyłącznie jej adresata, zatem Zamawiający – i w konsekwencji Krajowa Izba Odwoławcza badając czynność Zamawiającego – nie jest nią związana. W ocenie Izby Zamawiający nie może oceniać ofert – wyłącznie przez pryzmat interpretacji wydanych na rzecz innych wykonawców w innych stanach faktycznych, gdyż taka ocena ofert prowadziłyby do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji.

Co do informacji Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 27 stycznia 2012 r. – którą powoływali Odwołujący w swoich odwołaniach oraz na rozprawie – Izba przypomina, że przedłożona opinia może stanowić dla wykonawcy ewentualnie wskazówkę co do zastosowania przez niego określonej stawki podatku od towarów i usług, jednak nie jest ona wiążąca ani dla organu podatkowego, ani dla podatnika. Zatem w konsekwencji Zamawiający nie miał obowiązku opierania swojego rozstrzygnięcia wyłącznie na podstawie ww. informacji.

Zajmując stanowisko co do złożonej przez Zamawiającego na rozprawie opinii z dnia 17 lipca 2012 r. Izba uznała, że powyższa opinia sporządzona na zlecenie Zamawiającego nie podlega ocenie jako dowód z opinii biegłego, a jedynie może być potraktowana przez Izbę jako część argumentacji faktycznej i prawnej przytaczanej przez Zamawiającego. Opinia taka jako dokument prywatny stanowi jedynie dowód tego, że osoba, która ją podpisała wyraziła zawarty w niej pogląd, nie korzysta natomiast z domniemania zgodności z prawdą zawartych w niej twierdzeń (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 czerwca 2001 r., sygn. akt I PKN 468/00, oraz wyrok z dnia 15 stycznia 2010 r., sygn. akt I CSK 199/09).

Izba wzięła pod rozwagę, argumentację zawartą w niniejszej opinii, wskazującą, że „*w przedmiotowej sytuacji, rekomendowane jest przyjęcie stanowiska, iż koszty eksploatacyjne (opłaty za media i wywóz nieczystości) stanowią element (kalkulacyjny) wynagrodzenia za usługę utrzymania taboru w czystości i w konsekwencji powinny zostać opodatkowane VAT w analogiczny sposób jak usługa utrzymania taboru w czystości. Stanowisko to jest oparte na koncepcji świadczenia złożonego, ukształtowanej na gruncie orzecznictwa Trybunatu Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Zgodnie z tą koncepcją, świadczenie obejmujące kilka części składowych należy traktować jako jedną usługę, jeśli jedna z części składowych dominuje nad innymi, zaś pozostałe części składowe służą tylko lepszemu korzystaniu z tej części dominującej. W takiej sytuacji sposób opodatkowania VAT takiej wiązki świadczeń (usługi) powinien być określany w sposób właściwy dla dominującej części składowej tego świadczenia. W przedmiotowej sytuacji można uznać, iż Spółka chce nabyć kompleksową usługę utrzymania taboru w czystości. W ramach tej usługi dominuje czynność polegająca na czyszczeniu (myciu) taboru kolejowego, zaś pozostałe czynności mają wyłącznie na celu lepsze korzystanie z czynności dominującej (m.in. dostawy energii elektrycznej są niezbędne dla funkcjonowania urządzeń myjących, zaś odprowadzanie ścieków jest niezbędne, aby czyszczenie wagonów mogło odbywać się w układzie całodobowym) (...)*”.

Odnosząc się do innych przedłożonych dowodów (protokołów odbioru, faktur, notatki) Izba uznała, że dowody te nie potwierdziły w żaden sposób, że w niniejszym postępowaniu dotyczącym kompleksowego utrzymania w czystości kolejowych wagonów osobowych i

lokomotyw kursujących w pociągach Zamawiającego należy wbrew stanowisku Zamawiającego zastosować dwie stawki podatku VAT, t.j. 23 % oraz 8%.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności i przedstawioną argumentację Izba uznała, że usługa zamawiana przez Zamawiającego w omawianym postępowaniu ma charakter kompleksowy a zatem prawidłowym było przyjęcie przez Odwołujących dla całego przedmiotu zamówienia podstawowej stawki VAT na poziomie 23%. Zatem należy uznać, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutów wykonawcy Zakłady Usługowe „Wschód” Sp. z o.o. dotyczących zaniechania wykluczenia Impel Cleaning Sp. z o.o. z postępowania i skierowanych przeciwko dokumentom złożonym wraz z ofertą przez Impel Cleaning Sp. z o.o., w ocenie Izby zarzuty odwołania w tym zakresie należy uznać za spóźnione.

Jeżeli Odwołujący uznawał, iż niniejsze dokumenty były nieprawidłowe w świetle przepisów ustawy Pzp to miał możliwość wniesienia odwołania w powyższym zakresie z momentem uzewnętrznienia woli Zamawiającego (pismo z dnia 16 kwietnia 2012 r. *„Informacja o ofertach, które zostały złożone w postępowaniu, Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty, Informacja o wykonawcach wykluczonych”*). Z tą chwilą wykonawca mógł kwestionować dokumenty złożone przez wykonawcę Impel Cleaning Sp. z o.o. wraz z ofertą.

Należy pamiętać, że wykonawca jako profesjonalista ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek, (wnosząc środki ochrony prawnej) działania z należytą starannością, tak aby w postępowaniu realizowana była zasada szybkości i efektywności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i tak aby zapobiegać ewentualnemu zbędnemu, a w niektórych wypadkach celowemu przedłużaniu procedur przetargowych, gdyż działania wykonawców zmierzające do przedłużania procedury nie leżą również w interesie publicznym. Zatem wykonawca nie kwestionując powyższych dokumentów na wcześniejszym etapie niejako zgodził się z ich treścią, a zarzuty na tym etapie postępowania należy uznać za spóźnione.

Na marginesie Izba dodaje - odnosząc się do argumentacji Odwołującego Wschód co do kolejności dokonywania przez Zamawiającego czynności w tym postępowaniu - że konsekwencją odrzucenia ofert w niniejszym postępowaniu było unieważnienie postępowania w częściach B, D, E.

Odwołania o sygn. akt KIO 1412/12 oraz KIO 1423/12

Odwołania, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołujących wpisu, podlegają rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący (Odwołujący Impel Cleaning oraz Odwołujący DC System) legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 9 lipca 2012 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 12 lipca 2010 r. zgłosili przystąpienie wykonawcy: Zakłady Usługowe „WSCHÓD” Spółka z o.o., adres do korespondencji: 20-406 Lublin, ul. Gazowa 6 oraz Bogdan Kościelny prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą WIKO Handel-Usługi Bogdan Kościelny, ul. Pokrętna 18 05-515 Nowa Iwiczna.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego ww. wykonawców.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone podczas rozprawy, Izba uznała, iż oba odwołania wniesione przez wykonawcę Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz DC System Sp. z o.o. należy uznać jako zasadne i zasługujące na uwzględnienie.

Okolicznością bezsporną stanowi, fakt że Zamawiający pismem z dnia 26 czerwca 2012 r. unieważnił postępowanie w zadaniu B, D, E na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, z uwagi na niezłożenie żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający uznał złożone w postępowaniu oferty wykonawców DC System sp. z o.o. (zadanie D) oraz Impel Cleaning sp. z o.o. (zadanie B, E) jako podlegające odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający powołał się na ust. V pkt 2 SIWZ, a którego – w jego ocenie - wynikało że wymagał, aby wykonawcy biorący udział w postępowaniu, odpowiednio w stosunku do „poszczególnych zadań, wykazali się (...), *wykonaniem co najmniej 1 zamówienia w zakresie stacjonarnego mycia i czyszczenia okresowego, codziennego i pobieżnego kolejowych wagonów osobowych lub równoważne o wartości odpowiednio dla zadania od A do K*”.

Ponadto Zamawiający wskazał, że *„W przypadku Wykonawców przystępujących do więcej niż 1 zadania, Wykonawca może przedstawić na potwierdzenie spełnienia warunku zamówienia (usługę) dla większej liczby zadań, z zastrzeżeniem, iż wartość przedstawionego zamówienia (usługi) nie może być niższa niż suma wartości przyporządkowanych zadaniom o udzielenie zamówienia, w których wykonawca będzie się ubiegał.”*

W ocenie Zamawiającego, biorąc pod uwagę, że wykonawca Impel Cleaning sp. z o.o. złożył ofertę na zadania B i E, a zatem, w świetle powyższych zapisów SIWZ, powinien był wykazać, że posiada doświadczenie, którego wartość nie powinna być niższa niż 2.700000 zł (dla zadania B) oraz 1.600.000 zł (dla zadania E). Wykonawca DC System sp. z o.o. powinien zaś, odpowiednio dla zadań, w których złożył ofertę, tj. zadania D i I wykazać, że posiada doświadczenie, o łącznej wartości nie mniejszej niż: 2.200 000 zł (dla zadania D) i 1.000.000 zł (dla zadania I).

W ocenie Zamawiającego, w celu potwierdzenia spełnienia warunku posiadanej wiedzy i doświadczenia, obaj wskazani wykonawcy, w istocie posłużyli się tym samym potencjałem w zakresie doświadczenia, albowiem: 1.) Spółka Impel Cleaning sp. z o.o. składając ofertę:

- w zadaniu B - wskazała na własne doświadczenie zdobyte w spółce Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. w zakresie czyszczenia wagonów na sumę 2.765.587,81 zł;

- w zadaniu E - posłużyła się potencjałem podmiotu trzeciego, tj. spółki JAWI sp. z o.o. Na potwierdzenie posiadanego doświadczenia złożyła, m.in. wykaz i referencje potwierdzające wykonanie przez Jawi sp. z o.o. na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego z siedzibą w Poznaniu usługi utrzymania taboru komunikacji miejskiej o wartości 2.065.485, 08 zł.; 2.) Spółka DC System, składając ofertę:

- w zadaniu D - posłużyła się, udostępnionym przez podmiot trzeci, tj. Impel Cleaning sp. z o.o. doświadczeniem zdobytym w spółce Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. w zakresie czyszczenia wagonów na sumę 2.765.587,81 zł (to samo doświadczenie, które Impel Cleaning sp. z o.o. wykazał w zadaniu B).

- w zadaniu I - posłużyła się potencjałem podmiotu trzeciego, tj. spółki JAWI sp. z o.o. zdobytym podczas realizacji zamówienia na rzecz Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego z siedzibą w Poznaniu w zakresie czyszczenia wagonów na sumę

2.765.587,81 zł (tym samym, którym posłużył się Impel Cleaning sp. z o.o. w celu wykazania doświadczenia niezbędnego do realizacji zadania E).

Zatem w ocenie Zamawiającego z powyższego wynikało, że obaj wykonawcy, dysponując tym samym doświadczeniem o łącznej wartości 4.831.072, 89 zł, złożyli oferty na zadania, w których wymagano zgodnie z SIWZ wykazania się doświadczeniem o łącznej wartości 7.500.000 zł. Obaj wykonawcy, składając oddzielnie ofertę nie legitymowaliby się wystarczającym doświadczeniem do samodzielnego złożenia ofert w zadaniach, B, D, E, I.

Zamawiający zaznaczył, że takie działanie powiązanych ze sobą kapitałowo spółek, (z których jedna - DC System sp. z o.o. w istocie nie posiada żadnego własnego doświadczenia), przy wykorzystaniu prawa do udostępniania doświadczenia na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, doprowadziło do obejście określonego w SIWZ nakazu sumowania przez wykonawcę doświadczenia, którym zobowiązany jest legitymować się w przypadku złożenia oferty na więcej niż jedno zadanie.

Zdaniem Zamawiającego powyżej opisane działanie wykonawców należało zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust.1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003, Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.).

W ocenie składu orzekającego Izby zarzuty - wykonawców Impel Cleaning sp. z o.o. oraz DC System sp. z o.o. dotyczące bezpodstawnego odrzucenia złożonych przez nich ofert w niniejszym postępowaniu na podstawie 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp - zasługują na uznanie.

Izba rozpoznała zarzuty złożonych odwołań (o sygn. akt KIO 1412/12 oraz KIO 1423/12) łącznie uznając, że w niniejszym stanie faktycznym zarzuty zawarte w odwołaniach są tożsame.

W ocenie składu orzekającego Izby w niniejszym stanie faktycznym nie zostały wypełnione przesłanki przywołanego powyżej przepisu, co w konsekwencji oznacza, że Zamawiający nie miał dostatecznych podstaw do odrzucania oferty wykonawców: Impel Cleaning sp. z o.o. oraz DC System sp. z o.o. w oparciu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że podstawą odrzucenia ofert wykonawców Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz DC System Sp. z o.o. w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp było stwierdzenie

Zamawiającego, że: *„Działanie powiązanych ze sobą kapitałowo spółek, (z których jedna - DC System sp. z o.o. w istocie nie posiada żadnego własnego doświadczenia), przy wykorzystaniu prawa do udostępniania doświadczenia na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, doprowadziło do obejścia określonego w SIWZ nakazu sumowania przez wykonawcę doświadczenia, którym zobowiązany jest legitymować się w przypadku złożenia oferty na więcej niż jedno zadanie”*.

W ocenie składu orzekającego ocena niniejszego stanu faktycznego sprowadza się do uznania przez Zamawiającego wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej jako jeden podmiot biorący udział w niniejszym postępowaniu. Na powyższe wskazuje użyte przez Zamawiającego stwierdzenie: *„takie działanie powiązanych ze sobą kapitałowo spółek, (z których jedna - DC System sp. z o.o. w istocie nie posiada żadnego własnego doświadczenia), przy wykorzystaniu prawa do udostępniania doświadczenia na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, doprowadziło do obejścia określonego w SIWZ nakazu sumowania przez wykonawcę doświadczenia, którym zobowiązany jest legitymować się w przypadku złożenia oferty na więcej niż jedno zadanie”*. Istotne dla oceny niniejszego stanu faktycznego jest również stwierdzenie: *„obaj wykonawcy, dysponując tym samym doświadczeniem o łącznej wartości 4.831.072, 89 zł, złożyli oferty na zadania, w których wymagano zgodnie z SIWZ wykazania się doświadczeniem o łącznej wartości 7.500.000 zł”*.

Nie kwestionując postanowień pkt V pkt 2 SIWZ, Izba uznała, że przyjęcie rozumowania Zamawiającego – iż w niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z jednym podmiotem - oraz w konsekwencji zsumowania doświadczeń obu wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej doprowadziło do surowszego ich potraktowania w niniejszym postępowaniu. Wykonawcy należący do tej samej grupy kapitałowej musieli - składając oferty na więcej niż jedno zadanie - wykazać się usługą o wartości nie niższej niż suma wartości wykazanych usług dla obu wykonawców, t.j. Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz DC System Sp. z o.o.

Powyższe rozumowanie Zamawiającego przyjęte w niniejszym postępowaniu doprowadziło do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji, gdyż wykonawcy nie należącemu do grupy kapitałowej - a posiłkującemu się doświadczeniem podmiotu trzeciego stawiano w konsekwencji łagodniejsze wymagania co do doświadczenia i wiedzy niż wykonawcy należącemu do grupy kapitałowej.

Pamiętać należy, że fakt przynależności do jednej grupy kapitałowej w żaden sposób nie ogranicza wykonawców w możliwości współuczestnictwa w tym samym postępowaniu o

udzielenie zamówienia publicznego a uznanie Zamawiającego, że wykonawcy należący do tej samej grupy kapitałowej w tym samym postępowaniu pozostają względem siebie w takim stosunku zależności, że należy potraktować ich jako jeden podmiot nie upoważnia do automatycznego odrzucenia ofert tych wykonawców w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba zauważa, że wykonawcy: Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz DC System Sp. z o.o. to odrębne podmioty gospodarcze – wpisane do Krajowego Rejestru Sądowego posiadające odrębne numery NIP i Regon, działające w ramach rynku konkurencyjnego, a sam fakt istnienia licznych powiązań gospodarczych czy organizacyjnych pomiędzy wykonawcami Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz DC System Sp. z o.o., nie upoważnia Zamawiającego – w świetle ustawy Prawo zamówień publicznych - do potraktowania ww. wykonawców jako jeden podmiot gospodarczy składający ofertę w przedmiotowym postępowaniu.

Ponadto powiązania kapitałowe nie mogą być również przeszkodą w udostępnieniu doświadczenia, co wynika z brzmienia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp: *„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 nimi stosunków (...)”*. Ustawodawca w tym zakresie nie ograniczył stosowania ww. przepisu, co oznacza, że potencjał może być udostępniany wielokrotnie przez ten sam podmiot, nie ograniczając również wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej. Zatem to podmiot udostępniający decyduje ilu i jakim wykonawcom przekaze swój potencjał.

W ocenie składu orzekającego Izby nie zostało wykazane spełnienie przesłanek z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), zatem Zamawiający nie miał podstaw do odrzucania oferty wykonawców: Impel Cleaning sp. z o.o. oraz DC System sp. z o.o. w oparciu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba przywołuje treść art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), z którego wynika, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzenie w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów lub 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 (ust. 2 art. 3 ww. ustawy).

Zatem, wobec powyższego, w art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji ustawodawca zawarł ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji, zaś ust. 2 ww. przepisu zawiera przykładowe wyliczenia zachowań stanowiących czyny nieuczciwej konkurencji, których konkretyzację można odnaleźć w dalszych przepisach niniejszej ustawy.

W ocenie Izby – nie zgadzając się z prezentowanym przez Zamawiającego poglądem - nie można utożsamiać rywalizacji przedsiębiorców - działających w celu uzyskania lepszej pozycji na rynku – z czynem nieuczciwej konkurencji. W takim wypadku jakakolwiek próba „wejścia” na rynek mogłaby być odczytywana jako czyn nieuczciwej konkurencji, co w ocenie Izby jest niedopuszczalne.

Niewystarczające jest - subiektywne przekonanie Zamawiającego - wobec braku dowodów – że w niniejszym postępowaniu dopuszczono się czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że działania wykonawców Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz DC System Sp. z o.o. zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy.

Istotne znaczenie - dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu - ma argumentacja obu Odwoływających, że w przedmiotowym postępowaniu (inaczej niż w postępowaniu o sygn. akt KIO 904/12, 911/12 oraz KIO 918/12), udostępnienie zasobów, dotyczyło jednego postępowania, a podmiot udostępniający nie był jednocześnie wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia, w zakresie tych samych zadań co Odwoływający. Zasadnicze znaczenie miała również okoliczność, że w niniejszym postępowaniu wykonawcy nie złożyli ofert na wszystkie 15 części, w przeciwieństwie do poprzedniego postępowania. Zatem biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, należało uznać, że wyrok (o sygn. akt KIO 904/12, 911/12, 918/12) nie może mieć zastosowania w niniejszej sprawie, gdyż wydany został w innym stanie faktycznym.

Wskazać należy, że ogłoszenie o przedmiotowym postępowaniu zostało podane do wiadomości publicznej, możliwość udziału w postępowaniu miał zatem każdy z zainteresowanych podmiotów, a samo złożenie ofert przez wykonawców, którzy nawet pozostają ze sobą w pewnym powiązaniu gospodarczym, nie stanowi czynu nieuczciwej

konkurencji i nie skutkuje odrzuceniem oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, a złożenie ofert w poszczególnych częściach przez wykonawców należących do tej samej grupy należy odczytywać jako współzawodnictwo gospodarcze, nie zaś jako dopuszczenie się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji.

Zasadnym w tym miejscu wydaje się przywołanie wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu, Wydział X Gospodarczy Odwoławczy z dnia 16 lutego 2012 r., sygn. akt X Ga 706/11, zgodnie z którym *„Współzawodnictwo gospodarcze polega przede wszystkim na tym, że przedsiębiorca stara się uzyskać jak największą korzyść gospodarczą, zajmując możliwie największą część rynku oraz zwiększając swoją efektywność w tym obszarze, co odbywa się zawsze kosztem konkurentów i stanowi dla nich właśnie utrudnienie wykonywania działalności na tym rynku”*.

Przypomnienia wymaga również, że w związku z przyjętą regułą w ustawie Pzp, przesłanek do odrzucenia oferty, zawartych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp nie można interpretować rozszerzająco, a Zamawiający nie może – odrzucając ofertę – opierać się na swoich przypuszczeniach, gdyż to na nim – w przypadku podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty – spoczywa obowiązek wykazania okoliczności, z których wywodzi skutki prawne w postaci pozbawienia wykonawcy możliwości uzyskania i realizacji w przyszłości zamówienia publicznego.

Ponadto Izba nie badała czynności Zamawiającego w części I z uwagi na oświadczenie Zamawiającego, że w piśmie z dnia 26 czerwca 2012 r. przywoływano okoliczności dotyczące części I, jednak w tej części Zamawiający nie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego DC System z powodu czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż decyzja jego w niniejszym zakresie była już prawomocna.

W świetle powyższego, biorąc pod uwagę niniejsze rozważania, Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności odrzucenia oferty wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz oferty wykonawcy DC System Sp. z o.o. z postępowania i unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zadaniach B, D, E oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem ofert ww. wykonawców.

Uwzględniając powyższe, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp miało istotny wpływ na wynik niniejszego postępowania i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), w tym także co do uzasadnionych kosztów Zamawiającego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika (sygn. akt KIO 1395/12, KIO 1408/12, KIO 1413/12) oraz uwzględniając koszty stron – Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz DC System Sp. z o.o. - poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocników (sygn. akt KIO 1412/12 oraz KIO 1423/12/11).

Przewodniczący:

.....

.....

.....