Sygn. akt KIO 672/20

Sygn. akt KIO 677/20

WYROK

z dnia 25 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu 22 czerwca 2020 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 marca 2020 r. przez odwołującego:

A. J. W. Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych z Bytomia (ul. Wł. Łokietka 4, 41-933 Bytom) - Sygn. akt KIO 672/20

B. Zakład Usług Drogowych i Komunalnych "DROMAR" M. K. ze Stanicy (ul. Gliwicka 25, 44-145 Stanica) - Sygn. akt KIO 677/20

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach (ul. Płowiecka 31, 44-121 Gliwice),

- przy udziale wykonawcy: Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. z Bytomia zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 677/20,

orzeka:

1. Oddala odwołanie o sygn. akt KIO 672/20 oraz odwołanie o sygn. akt KIO 677/20;

2. Kosztami postępowania obciąża odwołujących: J. W. Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych z Bytomia i Zakład Usług Drogowych i Komunalnych "DROMAR" M. K. ze Stanicy i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30.000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołujących tytułem wpisu od odwołań;

2.2. zasądza tytułem wynagrodzenia pełnomocnika na rzecz zamawiającego: Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach od odwołujących :

2.2.1 J. W. Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych z Bytomia kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy);

2.2.2. Zakład Usług Drogowych i Komunalnych "DROMAR" M. K. ze Stanicy kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Sygn. akt KIO 672/20
Sygn. akt KIO 677/20

Uzasadnienie

Odwołania zostały wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez Zamawiającego: Zarząd Dróg Miejskich w Gliwicach w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Oczyszczanie pasów drogowych na terenie miasta Gliwice w latach 2020—2021". Numer referencyjny: ZDM.26.31.2019. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 25.11.2019 r. Nr 2019/S 227-557448. Zgodnie z postanowieniami Rozdziału 3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) Zamawiający dokonał podziału zamówienia na części (zadania) i dopuścił składanie ofert częściowych (na jedną, dwie lub wszystkie części) w następującym zakresie:

a. Zadanie nr 1 - Oczyszczanie jezdni oraz tunelu,

b. Zadanie nr 2 - Oczyszczanie chodników oraz pasów zieleni,

c. Zadanie nr 3 - Sprzątanie rynku oraz Starówki.

Zamawiający przed otwarciem ofert podał, że na sfinansowanie całego zamówienia przeznaczył kwotę 7.405.026,48 zł, a w tym na:

a. Zadanie nr 1: 4.141.806,48 zł,

b. Zadanie nr 2: 2.032.020,00 zł,

c. Zadanie nr 3: 1.231.200,00 zł.

Wnoszący odwołanie wykonawcy:

C. J. W. Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych w Bytomiu (wykonawca lub Odwołujący ZUKTZ z Bytomia);

D. Zakład Usług Drogowych i Komunalnych "DROMAR" M. K. ze Stanicy (wykonawca lub Odwołujący DROMAR ze Stanicy)

wnieśli zarzuty w zakresie Zadania 1 wskazując na naruszenie następujących przepisów:

Sygn. akt: KIO 672/20

Odwołujący ZUKTZ z Bytomia w odwołaniu wskazał na naruszenie:

1. Art. 7 Pzp w związku z prowadzeniem Postępowania z naruszeniem zasady równości wykonawców i zasady uczciwej konkurencji;

2. Art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 Pzp poprzez wykonanie czynności w toku Postępowania w sposób sprzeczny z uwzględnionymi zarzutami wcześniejszego odwołania;

3. Art. 93 ust. 1 pkt 4) Pzp poprzez wadliwą interpretację i zastosowanie;

4. Art. 93 ust. 2 Pzp poprzez wadliwe zastosowanie regulacji przewidzianej w art. 93 ust. wprost 1 i zaniechanie nakazanego stosowania przepisu odpowiednio;

5. Art. 93 ust. 3 Pzp poprzez brak wskazania rzeczywistych podstaw Postepowania;

6. Art. 186 ust. 2 d. 2 Pzp poprzez zaniechanie dokonania wszystkich czynności co do których zobowiązał się Zamawiający w piśmie z dnia 27 lutego 2020r. stanowiącym uwzględnienie odwołania złożonego w zakresie części zamówienia oznaczonej jako zadanie nr 3 i dotyczące sprzątania rynku oraz Starówki w Gliwicach.

(...)

Wykonawca ZUKTZ z Bytomia stwierdził, że: Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, zatem posiada legitymację czynną niezbędną do wniesienia odwołania. Jest Wykonawcą biorącym udział w Postępowaniu. Złożył prawidłową ofertę. Naruszenia przepisów ustawy mogą mieć wpływ na udzielenie zamówienia, a zatem (o ile Krajowa Izba Odwoławcza — dalej: KIO - potwierdzi postawione zarzuty) odwołanie - zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 2 Pzp - winno być uwzględnione. Stwierdził, że w przypadku dokonania czynności zgodnie z przepisami Postępowanie nie byłoby unieważnione. Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Szkoda będzie polegać na tym, iż pomimo poniesionych kosztów przygotowania oferty i udziału w Postępowaniu nie uzyska zamówienia, gdyż Zamawiający niezasadnie unieważnił Postępowanie.

Odwołujący ZUKTZ z Bytomia wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w zakresie Zadania 1 i unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania w części Zadanie nr 1.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania wykonawca w szczególności wskazał:

6. Odwołujący złożył ofertę na Zadanie nr 1 z ceną 5.134.590,- zł

7. Pismem z dnia 1 lutego 2020r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu Postępowania w części Zadania nr 1.

a. Odwołujący w dniu 21 lutego 2020 r. złożył odwołanie do Prezesa KIO na ww. czynność unieważnienia; b. Zamawiający uwzględnił w całości odwołanie co wyraził w piśmie z dnia 27 lutego 2020 r.; c. KIO postanowieniem z dnia 4 marca 2020 r. 367/20 umorzyła postępowanie odwoławcze; KIO stwierdziła w postanowieniu, że w świetle oświadczenia Zamawiającego o

uwzględnieniu całości żądań odwołania zachodzi podstawa do umorzenia postępowania odwoławczego zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp; Do odwołania nikt nie przystąpił; Postanowienie KIO nie zostało zaskarżone.

8. Dnia 9 marca 2020 r. Odwołujący został powiadomiony o odwołaniu wniesionym w Postępowaniu przez M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług

Drogowych i Komunalnych Dromar M. K. w Stanicy (Dromar).

a. Odwołanie Dromar dotyczy Zadania nr 2 i Zadania nr 3.

b. Odwołujący przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

c. Odwołanie nie jest rozstrzygnięte a umowa nie jest zawarta.

9. Dnia 20 marca 2020r. Zamawiający poinformował, że:

a. Dokonał badania i oceny ofert w Zadaniu nr 1 i: odrzucił ofertę Dromar i uznał ofertę Odwołującego z ceną 5.134.590 zł za ofertę za najkorzystniejszą; b. ponownie unieważnił Postępowanie w zakresie Zadania nr 1 w którym ofertę najkorzystniejszą złożył Odwołujący.

II. Istota sporu.

1. Zamawiający unieważnił Postępowanie w zakresie Zadania nr 1 po raz drugi i to ze wskazaniem tej samej podstawy prawnej tj. art. 93 ust. I pkt 4 Pzp. Zamawiający w 27 lutego 2020 r. uwzględnił odwołanie wykonawcy ZUKTZ z Bytomia, w którym wykazano brak podstaw do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 4 w Postępowaniu.

2. Przepis art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp stanowi o uwzględnieniu zarzutów, a nie o uwzględnieniu żądań. Zamawiający po zapoznaniu się z argumentację wykonawcy zawartą w odwołaniu może ale nie musi uwzględniać odwołania. Już w wyroku sygn. akt 1471/14 KIO stwierdziła: Zgodnie z art. 186 ust. 2 Prawa zamówień publicznych uwzględnienie dotyczy zarzutów, a nie żądań odwołania. Przyjąć zatem należy, że uwzględnienie nie może być rozpatrywane wyłącznie w odniesieniu do obowiązku wykonania żądań odwołania w oderwaniu od uzasadniających te żądania zarzutów. Jeżeli zatem w odwołaniu z 21 lutego 2020r. zawarto zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp i wykazano brak przesłanek do zastosowania tego artykułu to - w okolicznościach niniejszej sprawy - Zamawiający, po uwzględnieniu odwołania,

nie może ponownie unieważniać Postępowania w tej samej części z takim samym

uzasadnienie.

3. Zamawiający - co jest novum - dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, jednak unieważnił

postępowanie. W wyroku KIO 2396/17) wskazano m.in.: Zamawiający podejmując decyzję o uwzględnieniu zarzutów zawartych w odwołaniu, winien rozważyć zasadność zgłoszonych żądań. Jeżeli zamawiający nie ma zamiaru respektować żądań zawartych w odwołaniu, nie powinien uwzględniać zarzutów, lecz wdać się w spór z wykonawcą. Działania zamawiającego po uwzględnieniu odwołania nie mogą mieć charakteru pozornego, dotyczącego powtórzenia czynności bez realnej ku temu potrzeby. Zamawiający aby uniknąć zarzutu pozorności swych działań — nie mógł unieważniać Postępowania w zakresie Zadania nr 1.

4. Zamawiający uwzględniając odwołanie w całości zobowiązuje się do wykonania żądanych czynności ale też akceptuje słuszność poglądów w nim zawartych. W konsekwencji działaniem sprzecznym z ustawową regulacją jest dokonanie czynność w toku Postępowania w taki sposób by nic się nie zmieniło. Słusznie zatem wskazuje KIO w wyroku 1174/16, ż: „Przepis

art. 186 ust. 2 zd. 2 ustawy (...) - Prawo zamówień publicznych (...) dotyczy pewnego stanu idealnego i zakłada prawidłowe działanie zamawiającego oraz odwołujących. Nie przewiduje więc np. opcji, w której nie wszystkie żądania odwołującego są zgodne z prawem lub jednocześnie możliwe do wykonania albo że przed ich dokonaniem zamawiający musi dokonać jeszcze innych czynności, np. wezwania do wyjaśnień, czy też, że po uwzględnieniu odwołania wychodzą na jaw nowe okoliczności istotne dla przyszłej decyzji zamawiającego. Nie przewiduje również sytuacji, w której zamawiający uwzględnia odwołanie, o którego słuszności nie jest przekonany - nie powinno to zresztą mieć miejsca, a zamawiający powinien swoje decyzje w tym zakresie podejmować odpowiedzialnie - odmienne działanie należy potępić. Dlatego z sytuacjami tymi musi poradzić sobie praktyka, zwłaszcza orzecznictwo”.

5. Ze względu na działania Zamawiającego aktualne pozostają pytania postawione w poprzednim odwołaniu. Po pierwsze: Czy w sytuacji, gdy Zamawiający przed otwarciem ofert podaje nie tylko kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia — co jest wymagane art. 86 ust. 3 Pzp - ale podaje też dodatkowo kwotę, którą przeznacza na poszczególne części zamówienia dopuszczalne jest unieważnienie Postępowania w części, jeżeli cena oferty najkorzystniejszej (w tej części) jest wyższa niż kwota podana na sfinansowanie tej części zamówienia?

6. Po drugie: Czy Zamawiający może unieważnić Postępowanie w części z powołaniem się na to, iż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę jaką zamierza on przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jeżeli nie dokonał czynności badania i oceny ofert tj. nie zweryfikował przesłanek wykluczenia wykonawców, nie ustalił przesłanek odrzucenia ofert i nie dokonał oceny punktowej ofert?

7. Po trzecie: Czy w przypadku rozbieżności kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia jest kwota wynikająca z treści SIWZ i umowy o zamówienie publiczne (stanowiącej załącznik do SIWZ), czy też jest to kwota podana przed otwarciem ofert?

III. Materialnoprawny charakter przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

1. Celem Postępowania jest wybór oferty i po zawarciu umowy - realizacja zamówienia. Cel regulacji ustawowej przesądza o tym, iż przesłanka wyrażona w art. 93 ust. 1 pkt 4 ma charakter stricte materialnoprawny.

2. Za punkt wyjścia Odwołujący przyjmuje orzeczenie Sądu Okręgowego w Krakowie - II Wydział Cywilny z dnia 12 kwietnia 2007 II Ca 141/07 w którym stwierdzono, że jeżeli Zamawiający ma możliwość zwiększenia podanej przed otwarciem ofert kwoty na realizację danego zamówienia, a cena oferty najkorzystniejszej przewyższa tę kwotę to nie jest konieczne unieważnienie Postępowania w świetle przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp, W uzasadnieniu Sąd stwierdził m. in. (...) Zamawiający jest uprawniony, a nie zobowiązany do unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy cena najkorzystniejszej oferty przekracza kwotę

podaną przez Zamawiającego. Zamawiający może bowiem podjąć decyzję o przeznaczeniu na sfinansowanie zamówienia kwoty wyższej, aniżeli kwota wynikająca z oświadczenia złożonego przez niego przed otwarciem ofert. W toku postępowania przetargowego może bowiem okazać się, że Zamawiający będzie w stanie przeznaczyć na realizację zamówienia Kwotę wyższą od podanej przed otwarciem ofert, wobec czego podaną kwotę należy uznać za kwotę minimalną, a nie maksymalną. Również z doktryny i orzecznictwa wynika słuszny pogląd, iż w przypadkach, w których zamawiający w okresie związania ofertą ma możliwość zwiększenia Kwoty podanej przed otwarciem ofert na realizację danego zamówienia, (...).

3. Orzeczenie powyższe wskazuje na obowiązek Zamawiającego w zakresie poszukiwania możliwości zwiększenia kwoty podanej przed otwarciem ofert. A zatem, uznać należy, iż przesłanka unieważnienia Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1l pkt 4 jest przesłanką o

charakterze materialnym a nie formalnym. Innymi słowy kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia musi być faktycznie przekroczona i jednocześnie Zamawiający nie ma możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

4. Zamawiający nie wykazał, że nie ma możliwości zwiększenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia (o ile przyjąć, iż faktycznie jest to konieczne o czym niżej), a zatem brak przesłanek do unieważnienia postępowania. KIO w wyroku 301/18) stwierdziła: „Zamawiający w przypadku wyboru najkorzystniejszej oferty z ceną przekraczającą budżet zamawiającego musi podjąć działania, aby uzyskać dodatkowe środki i jednak zrealizować zamówienie. Dopiero gdy próba lub próby pozyskania dodatkowych środków nie przyniosą wystarczających rezultatów, zamawiający będzie mógł i musiał unieważnić postępowanie. Takie samo stanowisko wyrażono w wyroku KIO 1197/17).

IV. Brak przesłanek do unieważnienia Postępowania.

1. Zamawiający ogłosił Postępowanie na z podziałem na 3 zadania. Ceny ofert i kwota

na sfinansowanie zamówienia prezentuje poniższa tabela.

1.	Kwota przeznaczona na sfinansowanie całego zamówienia (stawka VAT 8%	7 405 026,48 zł		
2.	Kwota przeznaczoną na sfinansowanie danej część zamówienia (stawka VAT	Zadanie nr 1	Zadanie nr 2	Zadanie nr 3
		4 141 806,48 zł	2 032 020,OO zł	1 231 200,00 zł
3.	Najniższa zaoferowana cena według oferty	5 134 590,00 zł	1 872 720,00 zł	1 036 644,00 zł
4.	Różnica pomiędzy kwotą z wersu 2 i 3	- 992 783,52 zł	159 300,00 zł	194 556,00 zł
5.	Wynagrodzenie maksymalne wynikające z umowy 55 ust. 2	4 141 806,48 zł	2 032 020,OO zł	1 231 200,00 zł

2. Zamawiający podał, iż Postępowanie jest unieważnione w części Zadania nr 1 ponieważ cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Na realizację zamówienia Zamawiający przeznaczył 7.405.026,48 zł a najniższa cena (dla tego Zadania) to 5.134.590.

3. Uznanie, że Zadanie nr 1 jest tą częścią, która przekracza wartość zamówienia przy założeniu limitu wydatków prowadziłoby do nierównego traktowania oferentów. Brak zachowania równości stron wyraża się w tym, że środki przeznaczone pierwotnie na unieważnione Zadanie pozostają w puli przeznaczonej na sfinansowanie całego zamówienia a zatem Zamawiający pomimo tego iż faktycznie nie zwiększy kwoty przewidzianej na sfinansowanie całego zamówienia będzie mógł zawrzeć umowy w dwóch Zadaniach.

Wykonawcy wybrani w tych Zadaniach uzyskają zamówienie z limitem wynagrodzenia wyższym, niż cena wskazana w ofercie. Konsekwentnie jeżeli Zamawiający unieważniłby Zadanie nr 2 lub Zadanie nr 3 to znalazłby środki na sfinansowanie Zadania nr 1 .

4. Jeżeli Zamawiający uznał poprzednie odwołanie w całości to nie może unieważnić

postępowania w części Zadania nr 1 ze względu na brak środków, jeżeli cena oferty najkorzystniejszej dla tej części jest niższa niż kwota przeznaczona na sfinansowanie wszystkich części zamówienia.

V. Pojęcie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia.

1. W okolicznościach niniejszej sprawy kluczowe jest ustalenie znaczenia kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Już w styczniu 2008 r. Prezes UZP upowszechnił opinię z 1 stycznia 2008 r. w tej sprawie. Wnioski z tej opinii mimo upływu czasu pozostają aktualne: W konsekwencji, podobnie jak to ma miejsce przy innych zamawiających, gdy cena najkorzystniejszej oferty jest wyższa od kwoty jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, zamawiający ma możliwość dokonania przeniesień wydatków między rozdziałami i paragrafami klasyfikacji wydatków, niemniej, wyłącznie w granicach i na zasadach określonych w art. 96 ustawy o finansach publicznych. Reasumując, zamawiający nie jest zobowiązany do unieważniania postępowania w każdym przypadku, gdy cena oferty

najkorzystniejszej przekracza równowartość kwoty, którą planował przeznaczyć na realizację zamówienia. W szczególności, w przypadku, gdy zamawiający należy do grona podmiotów sektora finansów publicznych, może zwiększyć kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia, tak aby była ona wyższa od ceny zawartej w ofercie najkorzystniejszej, w granicach i na zasadach określonych ustawą o finansach publicznych, o ile uzna to za uzasadnione i celowe, udzielając następnie zamówienia wykonawcy. Dopiero w sytuacji, gdy

dokonanie takich przeniesień nie jest możliwe lub celowe, a kwota którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jest niższa od ceny najkorzystniejszej oferty, zachodzi konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4

ustawy..

2. Z przywołanej opinii wynikają wnioski podobne jak te do których doszedł Sąd Okręgowy w Krakowie w przywołanym wcześniej wyroku z dnia 12 kwietnia 2007. Zamawiający ma obowiązek sprawdzić możliwość sfinansowania finansowania a dopiero, gdy nie będzie takiej możliwości może Postępowanie unieważnić. Istotą tej regulacji jest to, by Zamawiający nie wydawał więcej niż zaplanował. Poza sporem jest to, że zwiększenie kwoty na finansowanie zamówienia jest prawem a nie obowiązkiem Zamawiającego. Pytaniem pozostaje jaką kwotę rzeczywiście zaplanował Zamawiający na realizację zadania i czy zawarcie umowy z Odwołującym będzie skutkować przekroczeniem tej kwoty czy też nie.

3. W okolicznościach niniejszej sprawy zawarcie umowy z Odwołującym nie wywoła skutku w postaci zaciągnięcia zobowiązania ponad kwotę, która Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Nie naruszy to dyscypliny finansów publicznych.

4. Przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca o oczyszczaniu pasów drogowych.

Rozliczenie pomiędzy Zamawiającym i Odwołującym to wartość wynikająca z ilości wykonanych robót, rodzaju i zakresu i cen jednostkowych. W SIWZ wielokrotnie zaznaczono i

podkreślano, że ilości robót są szacunkowe, zostały podane wyłącznie po to aby ustalić wspólną podstawę wyceny ofert. Zaznaczono to pod załącznikiem 3a — Formularzu cenowym, który służył do wyliczenia podstawy. Zasady te zostały wyartykułowane w Szczegółowym Opisie Zamówienia -załączniku nr 6, Rozdział 2 - wymagania szczegółowe, pkt. 2.1. ppkt 1.

5. Środki finansowe, które Zamawiający przeznacza na te usługi dotyczą prac porządkowych mieszczących się w zakresie tego samego przedmiotu zamówienia. Nie ma przeszkód natury budżetowej, by mogły one w sposób dowolny być przemieszczane w ramach potrzeb Zamawiającego, zabezpieczać jego potrzeby tak by uzyskał on oczekiwany przez mieszkańców efekt. Potwierdzeniem powyższych twierdzeń jest to, że w Planie Zamówień Publicznych zaplanowano środki — wydatki na zabezpieczenie potrzeb łącznie bez ich podziału na zadania.

6. Zamawiający w SIWZ wyraźnie podkreślał, zaznaczył i poinformował o następujących zasadach: a. prace będą wykonywane według jego potrzeb i jego wyboru, b. podane w wykazie i Formularzach ofertowych przedmiary są: orientacyjne, szacunkowe, służą wyłącznie do ustalenia wspólnej podstawy wyceny ofert, c. przedmiary nie określają realnych potrzeb Zamawiającego, d. przedmiot zamówienia został podzielony na: ulice, chodniki i Rynek Starówka (część reprezentacyjna).

7. Zamawiający skorzystał z przysługującego mu prawa (por. art. 36 ust. 1 pkt 16 pzp) i opracował wzór umowy. Zgodnie z § 5 umowy o zamówienie stanowiącej załącznik nr 5a do

SIWZ:

a. Wynagrodzenie jest wynikowe i uzależnione od ilości wykonanych prac (wynagrodzenie powykonawcze).

b. Opis przedmiotu zamówienia zawierał załącznik nr 12 do SIWZ jednak umowa w S5 ust. I zakładała, iż Zamawiający może polecić oczyszczanie innych miejsc niż wskazuje to opis przedmiotu zamówienia i może zwiększyć albo zmniejszyć powierzchnie przeznaczone do oczyszczania, a zatem Zamawiający ma wpływ na wynagrodzenie Wykonawcy bowiem to Zamawiający na bieżąco reguluje zakres zamówienia i co za tym idzie na należne wynagrodzenia.

c. Kluczowe postanowienie znajduje się w §5 ust. 2 umowy zgodnie z którym wynagrodzenie nie może przekroczyć kwoty jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia a zatem przesłanka wskazana przez Zamawiającego w piśmie z 20 marca 2020r. nie jest i nie może być spełniona.

d. Zamawiający tak ukształtował warunki realizacji finansowania zamówienia, że jego zobowiązanie nigdy nie przekroczy kwoty, którą przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, W praktyce oznacza to, że Zamawiający na sfinansowanie zamówienia w części Zadania nr 1 może wydać kwotę 4.141.806,48 zł niezależnie od tego czy cena oferty najkorzystniejszej jest wyższa, czy niższa od 4.141.806,48 zł.

8. Jeżeli wynagrodzenie Odwołującego nie może przekroczyć kwoty, którą Zamawiający przyjął na sfinansowanie zamówienia, to przesłanka art. 93 ust. 1 pkt 4 nie może się ziścić. Cena oferty w tym przypadku jest teoretycznym szacunkiem kosztów wykonania zamówienia wyliczonym zgodnie z zasadami biznesowymi i zgodnie z zasadami wynikającymi z ustawy i SIWZ. I jest potrzebna jedynie na potrzeby porównania ofert i przyznania punktów w kryterium cena — co wynika wprost z Rozdziału 17 i 19 SIWZ.

9. Dodatkowym argumentem przemawiającym za słusznością stanowiska Odwołującego są działania Zamawiającego podjęte po unieważnieniu Postepowania w zakresie Zadania nr I.

a. Pismem z dnia 24 marca 2020r. oznaczonym numerem sprawy ZDM.452.1.2020.AR, Zamawiający rozesłał tzw. zapytanie ofertowe i poprosił o złożenie ofert na „Usuwanie skutków powypadkowych i innych zdarzeń losowych powodujących zagrożenie bezpieczeństwa ruchu drogowego, na wszystkich drogach publicznych miasta Gliwice". Taki zakres usług objęty jest unieważnionym Postępowaniem a zatem Zamawiający w rzeczywistości dokonuje podziału zamówienia na części co jest niedopuszczalną praktyką. Zamawiający powołał się na art. 4 pkt 8 w zw. z art. 6a Pzp, aby udzielić zamówienia poza ustawą.

b. W piśmie z dnia 24 marca 2020r. Zamawiający wskazał, iż analogicznie jak w Zadaniu nr 1 dokona wyboru oferty na jedynie podstawie ceny. Okres realizacji usługi określono jako:

Termin realizacji zadania od podpisania umowy do wyczerpania środków lub podpisania umowy wynikającej z postępowania wieloletniego. Jest to mechanizm taki sam jak w unieważnionym Postępowaniu. W obu przypadkach Zamawiający nie wyda więcej pieniędzy niż to założył. W obu przypadkach cena oferty ma znaczenie jedynie dla potrzeb oceny ofert i nie ma znaczenia z punktu widzenia realizacji zamówienia.

VI. Podsumowując, brak przesłanek do unieważnienia Postępowania gdyż:

1. Treść SIWZ wywołuje skutek taki, że cena umowy jest zawsze mniejsza lub równa kwocie, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia.

2. W umowie maksymalna wysokość zobowiązania Zamawiającego jest równa kwocie, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia i z tego punktu widzenia cena podana w ofercie jest nieistotna i nie ma znaczenia dla określenia kwoty zobowiązań Zamawiającego.

3. Przesłanka wskazana w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie ziściła się.

Sygn. akt: KIO 677/20

Odwołujący DROMAR ze Stanicy w odwołaniu wskazał na: (1) odrzucenie oferty Odwołującego; (2) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZUKTZ z Bytomia i uznanie oferty tego wykonawcy za najkorzystniejszą w Postępowaniu (Zadanie nr 1) ; (3) unieważnienie Postępowania w odniesieniu do Zadania nr 1. Z uwagi na powyższe zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. I pkt 6 ustawy Pzp poprzez uznanie, że Odwołujący złożył ofertę z błędną stawką podatku VAT w wysokości 23%, a w konsekwencji, że oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny i polega odrzuceniu, podczas gdy cena oferty Odwołującego (w tym VAT) została wyliczona prawidłowo, bowiem całe Zadanie 1 podlega stawce VAT 23%;

2. art. 89 ust 1 pkt 6 ustawę Pzp poprzez uznanie, że wykonawca ZUKTZ z Bytomia złożył w w ramach Zadania nr 1 ofertę niezawierającą błędu w obliczeniu ceny, podczas gdy całe Zadanie nr 1 podlega stawce VAT 23%;

3. art. 24 ust, 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZUKTZ z Bytomia w ramach Zadania nr 1 pomimo, że wykonawca ten wprowadził (w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa) Zamawiającego w błąd, przy przedstawieniu Informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej w zakresie posiadanego doświadczenia i zataił informacje o nienależytym wykonaniu referencyjnej umowy,_ ewentualnie

4. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZUKTZ z

Postępowania w związku z tym, że wykonawca ten przedstawił (w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa) Zamawiającego w błąd, a powyższe miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, na. na wybór oferty wykonawcy ZUKZT z Bytomia jako najkorzystniejszej; ewentualnie:

5. art. 26 ust. 3 w związku z art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy ZUKZT z Bytomia do uzupełnienia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp pomimo, że wykonawca ten w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp nie wykazał spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącego doświadczenia określonego w pkt 8 ust. 3 SIWZ

6. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy ZUKTZ jako najkorzystniejszej w ramach Zadania nr 1, który to wykonawca powinien podlegać wykluczeniu która to oferta powinna odrzucona, a najkorzystniejszą niepodlegającą odrzuceniu ofertę w ramach Zadania nr 1 złożył Odwołujący;

7. art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez unieważnienie Postępowania w Zadaniu nr 1, w sytuacji, gdy nie spełniona przesłanka unieważnienia wskazana w przepisie.

Odwołujący DROMAR ze Stanicy wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie

Zamawiającemu: (1) unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania w ramach Zadania nr 1; (2) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ZUKTZ w ramach Zadania nr 1 i (3) powtórzenia czynności badania I oceny ofert oraz uznanie, że oferta wykonawcy ZUKTZ podlega odrzuceniu z uwagi na błąd w obliczeniu ceny, oraz że powinna być uznana za odrzuconą ze względu na wykluczenie wykonawcy ZUKTZ na podstawie art, 24 ust. 1 pkt 16 względnie pkt 17 ustawy Pzp oraz, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu, a w konsekwencji stanowi ofertę najkorzystniejszą. Wniósł ponadto o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na rzecz Odwołującego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z przedłożoną na rozprawie fakturą VAT.

Wykonawca DROMAR ze Stanicy wskazał także, że: (...) w ramach Zadania nr 1

Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy ZUKTZ, a bezzasadnie odrzucił ofertę Odwołującego jako zawierającą błąd w obliczeniu ceny, podczas, gdy to oferta Odwołującego powinna zostać wybrana za najkorzystniejszą i bezpodstawnie unieważnił Postępowanie w odniesieniu do Zadania nr 1 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. (...) Odwołujący podkreślił, że jest zainteresowany uzyskaniem Zamówienia w ramach Zadania nr 1, a kwestionowane czynności Zamawiającego pozbawiły go możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, zawarcia umowy, co doprowadzi do utraty zysków z realizacji zamówienia. W konsekwencji niezgodnych z przepisami ustawy Pzp działań Odwołujący, nie uzyskując Zamówienia, poniesie szkodę przejawiającą się utratą korzyści, z jakimi wiązałoby się uzyskanie zamówienia (.).

W uzasadnieniu podniesionych w odwołaniu zarzutów wskazał w szczególności: (.)

4. Odwołujący złożył ofertę dla wszystkich trzech Zadań. W ramach każdego z zadań zastosował stawkę VAT w wysokości 23%, podczas gdy pozostali wykonawcy zastosowali w ofertach stawkę w wysokości 8%. W odniesieniu do czynności odrzucenia oferty Odwołującego z powodu błędnej stawki VAT i zaniechania odrzucenia ofert wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w ramach zadania nr 2 i nr 3 DROMAR wniósł do KIO odwołanie w dniu 06.03.2020 r.

5. Odwołujący przedstawił rys historyczny postępowań o analogicznym przedmiocie do objętego niniejszym Postępowaniem prowadzonych na przestrzeni kilki ostatnich lat przez Zamawiającego, co pozwoli wykazać że właściwą stawką VAT w Postępowaniu jest w wysokości 23%, prawidłowo przyjętą do wyliczenia ceny.

1) Poprzednie postępowanie o analogicznym do obecnego przedmiocie prowadzone było przez Zamawiającego w roku 2018 — było postępowanie o udzielenie zamówienia na „Utrzymanie Czystości na terenie miasta Gliwice w latach 2018-2020 r. w podziale na zadania: Zadanie nr 1 - Oczyszczanie Jezdni oraz tunelu; Zadanie nr 2 - Oczyszczanie chodników oraz pasów; Zadanle nr 3 - rynku oraz Starówki, (Postępowanie z 2018 r.)

Dowód: Kopia SIWZ w Postępowaniu z 2018 r. (Załącznik nr 8); Dowód: Kopia Opis

przedmiotu zamówieniu w Postępowaniu z 2018 r. (Załącznik nr 9)

2) W ramach Postępowania z 2018 r. również wystąpił spór odnoszący się do prawidłowości zastosowanej przez Wykonawcę stawki podatku VAT. Mianowicie w Postępowaniu z 2018 r. w ramach Zadania nr 1 Wykonawca DROMAR złożył stosując dla przedmiotu zamówienia stawkę VAT 8%, powołując się na charakter usług składających się na przedmiot zamówienia, z kolei wykonawca ZUKTZ złożył ofertę, w której stawkę podatku 8% zastosował do oczyszczania jezdni; w stosunku do oczyszczania tunelu w ofercie ujął stawkę 23%. W efekcie Zamawiający podjął wówczas decyzję o odrzuceniu oferty Wykonawcy DROWR.

Dowód: zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu z 2018 r. dla Zadania nr 1 z dnia 31.07.2018 r. i o odrzuceniu oferty wykonawcy DRObMR (Załącznik nr 10) Od czynności powyższych w Postępowaniu z 2018 r. wykonawca DROMAR wniósł w dniu 08.08.2018 r. odwołanie, kwestionując m.in. odrzucenie oferty DROMAR z tytułu stawki podatku VAT, jak również zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZUKTZ. Dowód: kopia odwołania DROMAR z dnia 08.08.2018 r. W dniu 23.07.2018 r. Wykonawca DROMAR wystąpił jednocześnie do Krajowej Informacji Skarbowej o wydanie interpretacji podatkowej w sprawie. Kopla wniosku została złożone na rozprawie, jednakże do dnia wydania orzeczenia KIO Interpretacja nie została wydana. Wyrokiem z dnia 24.08.2018 r. (KIO 1600/18) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła DROMAR, jednakże w wyroku Izba nie podzieliła argumentacji DROMAR w zakresie zarzutu odnoszącego się do bezpodstawnego odrzucenia oferty DROMAR za podanie błędnej stawki VAT i zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ZUKTZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp za błędne wyliczenie z uwagi na błędne zastosowanie stawki VAT. Dowód: Wyrok KIO 1600/18. Od ww. wyroku KIO wykonawca DROMAR wniósł skargę do Sądu Okręgowego w Gliwicach, kwestionując rozstrzygnięcie KIO w zakresie:

- odrzucenia oferty DROMAR za wskazaniem błędnej stawki VAT z uwagi na brak uznania przez KIO, że świadczenia objęte Postępowaniem z 2018 r. w ramach Zadania nr 1 miały kompleksowy i podlegały łącznie opodatkowaniu stawką podatku VAT w wysokości 8%;

- zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy ZUKIZ z uwagi na błędne określenie stawki VAT. Dowód: Kopla skargi od wyroku KIO KIO 1600/18 do Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 27.09.2018 r. (Załącznik nr 12). W dniu 16.11.2018 r. wykonawca DROMAR (na etapie uzupełnień skargi) otrzymał interpretację Krajowej Informacji Skarbowej (...), w której organ potwierdził co prawda prawidłowość argumentacji Odwołującego w zakresie kompleksowości świadczeń objętych zamówieniem, uznając jednak, że do całego przedmiotu zamówienia powinna być zastosowana stawka VAT w wysokości 23%, nie zaś 8% jak pierwotnie w ofercie na Zadanie nr 1 w Postępowaniu z 2018 r. wskazał wykonawca DROMAR (a Wykonawca ZUKTZ w odniesieniu do oczyszczania ulic). W ww. Interpretacji podatkowej wskazano m.in.: „W konsekwencji, usługi wykonywane przez Wnioskodawcę na rzecz zamawiającego — biorąc pod uwagę ich szczegółowy zakres opisany w treści wniosku — są/powinny być traktowane jako usługi kompleksowe, jednak nie są/nie będą opodatkowane obniżoną stawką podatku VAT w wysokości 8 %. Bez znaczenia w przedmiotowej sprawie pozostaje fakt, że Wnioskodawca wskazał, że wykonywane przez niego usługi mieszczą się w poz. 174 (PKWIU

- 8129.120), załącznika nr 3 do ustawy, ponieważ jak już wskazano wcześniej stanowią celu samego w sobie, lecz są środkami służącymi do wykonania kompleksowej usługi bieżącego utrzymania dróg j tunelu w asortymencie utrzymania czystości I zapewnienia przejezdności". Dowód: kopia Interpretacji podatkowej wydanej w dniu 16.11.2018 r. przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej (...) (Załącznik nr 13). Podsumowując, w interpretacji KAS do Postępowania z 2018 r, o analogicznym przedmiocie jak Postępowanie, do którego odnosi się niniejsze odwołanie, stwierdzono, że usługi w ramach Postępowania mają charakter kompleksowy i w związku z tym do całości usługi stawka podatku VAT 23%, nie zaś 8% VAT. Odnosząc powyższy rys historyczny do niniejszego Postępowania, (aktualnie na lata 2020-2021.) Wykonawca DROMAR, który złożył ofertę w Postępowaniu w ramach Zadania 1, 2 i 3, nie miał żadnych wątpliwości — w obliczu wydanej interpretacji Krajowej Informacji Skarbowej w analogicznej sprawie - że właściwą stawką VAT w ramach tego Postępowania jest stawka 23%, nie zaś stawka 8%, którą zastosowali w swoich ofertach pozostali wykonawcy, którzy złożył! oferty w Postępowaniu w ramach poszczególnych zadań. Dowód: Kopie informacje ze zbiorczym zestawieniem ofert w zakresie Zadania nr 1, Zadania nr 2 i Zadania nr 3 (Załącznik nr 14a,b,c); Dowód: oferty Wykonawców w ramach Zadania nr 1 nr 2 i nr 3.

Wykonawcy zaproponowali różne stawki VAT. Odwołujący we wszystkich zadaniach przyjął stawkę VAT 23%, zaś wszyscy pozostali Wykonawcy przyjęli VAT - 8%. Zamawiający wezwał wszystkich wykonawców do wyjaśnień, prosząc o podanie przyczyn zastosowania stawki VAT oraz kodów PKWIU. Dowód: kopie plików wezwań (załączniki 15a, 15b i 15c oraz 15d). Zamawiający uznał ostatecznie, że to stawka 8% VAT jest prawidłowa, co doprowadziło do odrzucenia oferty DROMAR w ramach Zadania nr 2 i 3 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, co Odwołujący zakwestionował w odwołaniu z dnia 06.03.2020 r.

Odwołujący w odniesieniu do Zadania nr 1, którego dotyczy niniejsze odwołanie, wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 11 lutego 2020 r. unieważnił Postępowanie w zakresie odnoszącym się Zadania nr 1 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, wskazując, że: „Postepowanie zostaje unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp". W uzasadnieniu faktycznym podał, że: „Postępowanie zostaje unieważnione dla zadania 1, ponieważ najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia". Dowód: Pismo z dnia11 lutego 2020 r. (Załącznik nr 16). Wykonawca DROMAR pismem z dnia 11.02.2020 r. zwrócił się z wnioskiem do Zamawiającego o udzielenie odpowiedzi, czy w Zadaniu nr 1 Zamawiający dokonał badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, jak również o przekazanie dokumentów dotyczących szacowania wartości zamówienia w aktualnym, jak również postępowaniach o analogicznych przedmiocie prowadzonych w poprzednich. Dowód: pismo DROMAR z dnia 11.02.2020 r. (Załącznik nr 17). Zamawiający w dniu 12.02.2020 r. przekazał Odwołującemu dokumenty odnoszące się do szacowania wartości zamówienia, Jak również udzielił odpowiedzi na zadane pytanie, wskazując m.in: (...) Zamawiający informuje, że w przedmiotowym postępowaniu dla zadania nr 1 - (...) jedynym kryterium była cena dlatego oferta z najniższą jest równocześnie ofertą najkorzystniejszą. Ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, aby przyspieszyć ewentualny wybór oferty najkorzystniejszej, Zamawiający starając się zoptymalizować i przyspieszyć ten proces, jednocześnie podjął próbę badania I oceny oferty i ewentualny wybór najkorzystniejszej oferty z najniższą ceną złożoną przez Zakład Usług Konserwacji Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu oraz rozważał możliwość ewentualnego zwiększenia środków jakie może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do kwoty oferty z najniższą ceną. Ostatecznie Zamawiający zdecydował, że środki nie zostaną zwiększone i odstąpił od badania oferty firmy Zakład Usług Konserwacji Terenów Zielonych J. W. . W związku z tym, że ceny obu ofert złożone dla tej części postępowania przewyższały kwotę, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, tj. oferta złożona przez firmę Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. przewyższała o 992.783,52 zł, natomiast oferta złożona przez Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR K. M. przewyższała o kwotę 2.952.516,02 zł, Zamawiający nie dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej unieważnił tę część na podstawie art. 93 ust. pkt 4) (.). Dowód: kopia pisma z dnia 12.02.2020 r. (Załącznik nr 18). Wykonawca DROMAR uzyskał więc wiedzę, że Zamawiający jakkolwiek „podjął próbę badania i oceny oferty, to jednak nie zakończył jej i nie dokonał w ramach Zadania nr 1 wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważniając Postępowanie, co do Zadania nr 1 z uwagi na fakt, że cena obydwu ofert przekraczała „budżet Zamawiającego". Od decyzji o unieważnieniu w zakresie Zadania nr 1 w dniu 21.02.2020 r. odwołanie wniósł wykonawca ZUKTZ zarzucając naruszenie: (1) Art. 7 pzp w związku z prowadzeniem Postępowania z naruszeniem zasady równości wykonawców i zasady uczciwej konkurencji; (2) Art 93 ust 1 pkt 4) pzp poprzez wadliwą interpretację; (3) Art. 93 ust 3 pzp poprzez brak wskazania rzeczywistych podstaw unieważnienia, żądając (.) uwzględnienia odwołania oraz nakazania Zamawiającemu: Unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania; Dokonania badania (czyli wykluczenia wykonawców w przypadkach wynikających z ustawy i odrzucenia ofert w przypadkach wynikających z ustawy) I oceny ofert; Dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Dowód: kopia odwołania z dnia 21.02.20 r. (załącznik nr 19). W dniu 24.02.2020 r. Wykonawca Dromar przystąpił do ww. postępowania po stronie Odwołującego ZUKTZ J. W. . Dowód: pismo z dnia 24.03.2020 r. (Załącznik nr 20). Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wykonawcy ZUKTZ J. W. (pismo z dnia 27.02.20) wskazując, że na podstawie art. 186 ust.1 ustawy Pzp (.) uwzględnia odwołanie w zakresie: 1. Czynności unieważnienia postępowania. 2 Dokonania badania (czyli wykluczenia wykonawców w przypadkach wynikających z ustawy i odrzucenie ofert w przypadkach wynikających z ustawy) ofert. 3. Dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej". Dowód: odpowiedź z dnia 27.02.2020 r. (Załącznik nr 21). W dniu 4 marca 2020 r. zostało ogłoszone postanowienie KIO kończące postępowanie (.) (sygn. akt: KIO 367/20). Odwołujący w dniu 20 marca 2020 r. otrzymał zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jak również o unieważnieniu postępowania w zakresie Zadania nr 1 (oczyszczanie jezdni i tunelu). Zamawiający unieważnił Postępowanie w zakresie Zadania nr 1 ponownie na podstawie art, 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, wskazując w uzasadnieniu faktycznym, że: „Postępowanie zostaje unieważnione dla zadania nr 1, ponieważ cena oferty najkorzystniejszej przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia dla części zamówienia, cena oferty najkorzystniejszej wynosi 5.134.590 brutto; kwota Jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zadania 1 (części 1) to 4.141.806,48 brutto. Różnica to 992.738,52 zł brutto". Dalej Zamawiający ujął punktację uzyskaną przez wykonawców w ramach oceny ofert, wskazując, że oferta Odwołującego uzyskała 0 punktów, oferta wykonawcy - przyznał 100 pkt. Dowód: pismo z dnia 20.03.20 r. (Załącznik nr 3). W odniesieniu do oferty Odwołującego w ww. piśmie Zamawiający wskazał, że: „Ofertę odrzucono z powodu błędów w jej obliczeniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt.6 ustawy (...) Prawo zamówień publicznych (...). Uzasadnienie faktyczne: Wykonawca Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR K. M. z siedzibą w

Stanicy złożył ofertę dla Zadania nr 1 , w której zastosował stawkę Vat 23% tj. stawkę podstawową, nie korzystając ze stawki preferencyjnej tj. 8% dla tego typu przedmiotu zamówienia. Do takiego zagadnienia odniosła się w wyroku z dnia 8 lipca 2019 r. KIO 1065/19,

Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygając, czy nieprawidłowe określenie stawki podatku VAT w formularzu ofertowym stanowi błąd w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, skutkujący koniecznością odrzucenia oferty. Kwestią zastosowania stawki VAT zajmował się również Sąd Najwyższy, który w uchwale z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/1 1 oraz uchwale z dnia 20 października 201 1 r., sygn. akt: III CZP 53/1 1 , gdzie zawarł tezę, że określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli nie ma ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Nie budzi zatem żadnych wątpliwości Sądu Najwyższego, że przyjęcie przez wykonawcę w cenie oferty niewłaściwej stawki podatku VAT winno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, chyba że błędna stawka podatku nadaje się do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako tzw. inna omyłka. Odnośnie możliwości poprawienia nieprawidłowej stawki podatku VAT, to według doktryny, można ją poprawić, wtedy kiedy Zamawiający wskazał taką w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Dla przedmiotowego postępowania Zamawiający nie wskazał żadnej, dlatego, nie ma możliwości zastosowania przepisów do jej poprawy. W powołanym powyżej wyroku KIO czytamy, iż ustawodawca w żaden sposób nie dookreślił, jakie błędy skutkują odrzuceniem oferty, nie dokonał w tym zakresie żadnego zróżnicowania. Przyjąć zatem należy, że chodzi tutaj o każdy błąd polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki VAT i to niezależnie od tego, czy wykonawca zastosował stawkę niższą czy też wyższą od prawidłowej. Jeżeli mówić o "cenie" czy "błędach w obliczaniu ceny", to nie sposób przyjąć cenę - skoro ma to być cena brutto - z nieprawidłową stawką podatku od towarów i usług, gdyż byłaby to ewidentnie cena błędnie obliczona. Trzeba mieć na uwadze to, że o porównywalności ofert w zakresie oferowanej ceny można mówić wyłączne w tych przypadkach, w których porównywane ceny zostały obliczone według tych samych reguł. KIO w swoim wyroku nie zgodziło się również z obecnie stosowaną praktyką, iż w przypadku kiedy jeden z Wykonawców złożył ofertę z podstawową stawką VAT, a inny zastosował preferencyjną to należało przyjąć oba rozwiązania za dopuszczalne, ponieważ zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy PZP zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Wypełnieniem tego obowiązku, w przypadku gdy wykonawca błędnie wskaże właściwą stawkę podatku VAT w swojej ofercie, będzie odrzucenie oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny. Zamawiający, który tego nie czyni, narusza art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

(...). Ustawodawca w żaden sposób nie dookreślił, jakie błędy skutkują odrzuceniem oferty, nie dokonał w tym zakresie żadnego zróżnicowania. Przyjąć zatem należy, że chodzi tutaj o każdy błąd polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki VAT, i to niezależnie od tego, czy wykonawca zastosował stawkę niższą czy też wyższą od prawidłowej. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy pismem z dnia 08.01.2020 r. znak ZDM.26.31.2019.MZ o wyjaśnienie zastosowania 23% - owej stawki VAT oraz podanie nr PKWiU. W otrzymanym wyjaśnieniu Wykonawca podnosi, iż jego zdaniem, dla przedmiotu zamówienia, na który został ogłoszony przetarg należy zastosować podaną przez Niego stawkę 23%. Na dowód tej tezy przedstawił indywidualną interpretację podatkową nr 01 1 1 -KDIB3-1.4012.598.2018.4.1CZ, wydaną przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej. Natomiast dokument ten w rozstrzyganej sprawie jest bezprzedmiotowy, ponieważ, indywidualną interpretację wydaje się dla konkretnego przedmiotu zamówienia, a w przypadku kiedy dochodzi do zmiany któregokolwiek z jego elementów interpretacja traci ważność, cyt. "Interpretacja indywidualna wywołuje skutki prawnopodatkowe tylko wtedy, gdy rzeczywisty stan faktyczny sprawy będącej przedmiotem interpretacji pokrywał się będzie ze stanem faktycznym (opisem zdarzenia przyszłego) podanym przez Wnioskodawcę w złożonym wniosku. W związku z powyższym, w przypadku zmiany któregokolwiek elementu przedstawionego we wniosku opisu sprawy, udzielona odpowiedź traci swoją aktualność." Wykonawca nie zapoznał się z przedmiotem zamówienia w pełni, ponieważ przywołana interpretacja dotyczy innego opisu. Obecny przedmiot nie obejmuje już "mycia ścian tunelu". Dodatkowo powoływanie się przez Wykonawcę na kompleksowość przedmiotowego zamówienia jako składającego się z różnego rodzaju robót w tym np. osobnej usługi transportu, również jest bezzasadna. Sam Wykonawca powołuje się w swoich wyjaśnieniach na wyroki TSUE i komentarz mówiący, iż dla oceny, czy w danej, konkretnej sprawie mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym ocena dokonywana powinna być z punktu widzenia nabywcy tej usługi, tj. Zamawiającego; zatem charakter danego świadczenia należy oceniać biorąc pod uwagę punkt widzenia nabywcy oraz cech charakterystycznych tego świadczenia. Użycie słowa "kompleksowe" w tym konkretnym przypadku znaczy, iż kompleksowo należy objąć całość usługi danego elementu sprzątania w pasie drogowym w danym zadaniu. Wykonawca wykonując usługę czyszczenia jezdni, kompleksowo wykonuje prace w obrębie wszystkich elementów które skupia droga tj. oczyszcza wypiętrzenia, zatoczki, oczyszcza opaskę drogową oraz miejsca parkingowe itd. Zamawiający nie wymagał osobno samej usługi np. transport odpadów tylko czynność ta była składową usługi czyszczenia jezdni. Dowodem sposobu odczytania opisu przedmiotu zamówienia z intencją jaką został napisany, może być argument, iż inni Wykonawcy biorący udział w przedmiotowym zamówieniu nie dopatrzyli się złożoności postępowania w znaczeniu kompleksowego wykonywania usług z różnych dziedzin, klasyfikując go w stosowej kategorii PKWiU pod stawką podatku VAT 8 %. Wykonawca tez kilkakrotnie w swoich wyjaśnieniach

(np. str. 2 i 3) powoływał się na to, że przedmiot zamówienia, którego dotyczy postępowanie obejmuje usuwanie śniegu, co jest nieprawdą, ponieważ w żadnym miejscu opisu przedmiotu zamówienia taka usługa nie jest wskazana. Wykonawca powołał się również dla potwierdzenie swojej tezy o złożoności zamówienia na wyrok Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 3 lutego 2017 r., sygn. akt III Sa/Wa 27/1 6, w znaczeniu, podobnego zamówienia do przedmiotowego, gdzie sąd orzekł, że usługa, której dotyczy sprawa powinna być zakwalifikowana do odpowiedniej kategorii PKWiU dla stawki podatku Vat 23%. Powołanie się na ten wyrok i przyrównywanie przedmiotu zamówienia omawianego w wyroku do obecnego, również jest bezpodstawne ponieważ, tam przedmiot zamówienia rzeczywiście był usługą kompleksową ponieważ składał się między innymi z utrzymania dróg, likwidacji ubytków, uzupełniania poboczy tj. typowych robót budowlanych, zagospodarowania terenów zielonych, wymiana uszkodzonych barier, usuwanie śniegu, utrzymanie sprawności kanalizacji itd. Reasumując powyższe, argumenty użyte przez Wykonawcę, aby przedmiot zamówienia kwalifikował się do kategorii PKWiU z 23%- ą stawką podatku VAT nie ma uzasadnienia. Oceniając oferty z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, Zamawiający jest w obowiązku odrzucić ofertę Wykonawcy Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR K. M. z siedzibą w Stanicy jako zawierającą błąd w obliczeniu ceny."

II.1. W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust, 1 pkt 6 Pzp - odrzucenie Odwołującego i zaniechanie odrzucenia oferty ZUKTZ J. W. .

W szczególności wskazał, że: (.) w jego ofercie w ramach Zadania nr 1 jak również Zadania nr 2 i Zadania nr 3) zastosowana została prawidłowa stawka podatku VAT 23%, zaś drugi z wykonawców, który złożył ofertę w ramach Zadania nr 1 (jak również pozostali wykonawcy, którzy złożyli ofertę dla Zadania nr 2 i Zadania nr 3) zastosował nieprawidłową stawkę podatku VAT w wysokości 8% i to jego oferta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny. W wyjaśnieniach z dnia 14.01.2020 r. Odwołujący jasno wskazał i przekonywująco uzasadnił, dlaczego zastosowana przez niego stawka VAT w wysokości 23% Jest prawidłowa. (Dowód: wyjaśnienia z dnia 14 stycznia 20 r. - zał. Nr 15a). Przedstawił stanowisko z tego pisma podnosząc m.in.: (.) „Stanowisko wnioskodawcy DROMAR, ujęte we wniosku o powyższą interpretację sprowadzało się do uznania ww. czynności za: jedno świadczenie kompleksowe, opodatkowane wg stawki VAT 8%. Dyrektor KIS w przedmiotowej interpretacji, będącej odpowiedzią na wniosek DROMAR: potwierdził istnienie cechy kompleksowości tego świadczenia, jednakże uznał, że powinno być ono opodatkowane wg stawki podstawowej, tj. 23% VAT. Tym samym stawka 8% VAT dla usługi oczyszczania jezdni oraz tunelu w mieście Gliwice została uznana przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej za błędną, a w konsekwencji stanowisko zaprezentowane przez Wnioskodawcę za nieprawidłowe. W związku z faktem, że przedmiotowa interpretacja jest w pełni adekwatna do obecnie przeprowadzanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dotyczącego utrzymania czystości na terenie miasta Gliwice w latach 2020-2021, DROMAR zastosował prawidłową stawkę podatkową VAT, tj. 23% VAT w zadaniu nr 1, zadaniu nr 2 i zadaniu nr 3. Zastosowanie innej stawki stanowiłoby wedle ww. interpretacji w związku z art. 89 ustawy PZP

- błąd w obliczeniu ceny" Ustosunkowując się szerzej do Państwa wniosku o wyjaśnienie, przede wszystkim należy zwrócić uwagę na treść Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, Załącznik nr 6 do SIWZ Rozdział I (Wymagania ogólne) pkt 12 — Warunki realizacji robót (odnoszącego się do wszystkich trzech zadań). W jego treści zawarto jednoznaczną informację, że: „Wybrany Wykonawca każdego zadania jest zobowiązany do:

- kompleksowego wykonania robót stanowiących przedmiot zamówienia; Wykonawcy muszą liczyć się z liczyć się z trudnymi warunkami wykonania robót z uwagi na konieczność ich realizacji przy dużym ruchu kołowym i pieszych;

- w przypadku zakłócenia ruchu (zdarzenia nagłego które utrudnia ruch w obszarze powstania) do wykonania i utrzymania oznakowania w trakcie prowadzenia robót;

- ponoszenia odpowiedzialności cywilnej wobec osób trzecich z tytułu prowadzenia robót wynikających z realizacji przedmiotu zamówienia niezależnie od odpowiedzialności wobec zamawiającego określonego szczegółowymi zapisami umowy.

Zakres wykonywanych robót w każdym zadaniu będzie uzależniony od występujących potrzeb oraz posiadanych przez Zamawiającego środków finansowych. Zabrania się wymiatania, czy przerzucania zanieczyszczeń na tereny przyległe np. jezdnie, pasy zieleni i inne".

Opisane ogólne warunki zamówienia i pozostałe zapisy opisu przedmiotu zamówienia przesądzają, że nie mamy do czynienia np. w zakresie zadania 1 z prostą usługą zamiatania śmieci i usuwania śniegu PKWiU 81.29.12.0, poz. Nr 174 (i nr 50 wg nowych przepisów) załącznika nr 3 do Ustawy o VAT, ale właśnie ze świadczeniem kompleksowym, którego celem jest utrzymanie ulic w odpowiednim standardzie, jak zostało to przesądzone w indywidualnej

interpretacji Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 16.11.2018 r. uzyskanej na wniosek DROMAR. Dla oceny, czy w danej, konkretnej sprawie mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym ocena dokonywana powinna być z punktu widzenia nabywcy tej usługi, tj. Zamawiającego. Zatem charakter danego świadczenia należy oceniać biorąc pod uwagę punkt widzenia nabywcy oraz cechy charakterystyczne tego świadczenia (vide: wyrok TSUE z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie C-425/06 (.)). Idąc za treścią przywołanej interpretacji podatkowej z dnia 16.11.2018 r.: „W przedmiotowej sprawie należy stwierdzić, że dla oceny, czy w danej, konkretnej sprawie mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym, istotne jest, ustalenie celu zamówienia złożonego przez Miasto Gliwice". W omawianym przypadku, co ma zastosowanie również obecnie, z punktu widzenia nabywcy usługi (tj. Miasta Gliwice) nabywa on trzy świadczenia, wymagające podejmowania szeregu czynności (opisanych szczegółowo w Zadaniu nr 1, Zadaniu nr 2 i Zadaniu nr 3), w tym również o charakterze incydentalnym, np. czynności, które będą wykonywane tylko w przypadku zaistnienia określonych zdarzeń. Zatem w danym okresie rozliczeniowym mogą nie być wykonywane przez świadczącego usługę niektóre czynności wymienione w SIWZ. Jednakże w przypadku, gdy wystąpią przesłanki do wykonania danej czynności (np. usuwanie nagłych zdarzeń polegających na usuwaniu z ulic materiałów sypkich, kubaturowych, substancji ropopochodnych), a świadczący usługę jej nie wykona, to tym samym nie zostanie zrealizowany podstawowy cel zawartej umowy, tj. przykładowo dana ulica nie zostanie utrzymana w odpowiednim standardzie. O tym, że w przedmiotowym przetargu, dotyczącym utrzymania czystości na terenie miasta Gliwice w latach 2020-2021, nie mamy do czynienia ze zwykłą usługą zamiatania czy usuwania śniegu, czy też usługą zieleniarską, ponownie świadczy treść Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, Załącznik Nr 6 do SIWZ, gdzie w Rozdziale 1 Wymagania Ogólne, w pkt 7 przedstawiono Ogólne wymagania dotyczące transportu, wskazując, że: „Do wywiezienia zebranych zanieczyszczeń należy użyć środka transportowego uniemożliwiającego rozsypywanie odpadów w czasie jazdy (np. z przykrywaną skrzynią). Wywóz zebranych w trakcie realizacji umowy zanieczyszczeń winien odbywać się na legalnie działające składowisko odpadów. W przypadku pracy maszyn w

godzinach nocnych, gdy składowiska odpadów są zamknięte zebrane zanieczyszczenia należy tymczasowo magazynować (zgodnie z 3 ustawą o odpadach (Dz. U. z 2019 r. poz. 701

z późn.zm.) na terenie placu magazynowego lub bazy sprzętowej. Zanieczyszczenia mogą być magazynowane wyłącznie do czasu zgromadzenia odpowiedniej ilości, a następnie należy je przekazać na legalnie działające składowisko odpadów' Wyżej przedstawiony zapis jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający oczekuje nie tylko usługi zamiatania i usuwania śniegu, ale również usługi transportowej, która jest niezbędna do pozbycia się z ulic, chodników, czy np. Starówki powstałych zanieczyszczeń, tak by w konsekwencji zostały one utrzymane we właściwym standardzie i została zapewniona ich dostępność oraz bezpieczeństwo uczestników ruchu, w tym drogowego. Tak samo odnośnie tymczasowego przechowania zgromadzonych odpadów — zamawiający wymaga w ramach OPZ świadczenia usługi tymczasowego przechowywania na terenie placu lub bazy w przypadku pracy w godzinach nocnych, jak i w dni wolne, kiedy to składowiska odpadów są zamknięte (Zat. 6 Rozdz. l. pkt 11). Zaznaczył, że usługa transportowa, traktowana oddzielnie, nie mieści się w PKWIU 81.29.12.0, poz. Nr 174 załącznika nr 3 do Ustawy o VAT, tak samo jak i przechowanie zgromadzonych odpadów. Nigdy też usługa transportowa, jak i usługa tymczasowego przechowania odpadów, nie była i nie jest opodatkowana stawką podatku VAT 8%, a zawsze 23 0/0. Spełniają one oczywiście funkcję pomocniczą wobec samej czynności oczyszczania ulic, ulic, chodników, pasów zieleni, rynku i Starówki, ale tylko wszystkie te usługi w ścisłym powiązaniu ze sobą zapewniają podstawowy cel zamówienia, tj. utrzymanie czystości na terenie miasta Gliwice w latach 2020-2021 i co oczywiste utrzymanie ich we właściwym standardzie. Same bowiem mechaniczne zerwanie zanieczyszczeń, bez właściwego ich wywiezienia, czy też zabezpieczenia spowoduje, że usługa nie będzie wykonana. Należy więc stwierdzić, że warunki stawiane przez nabywcę (Zamawiającego) przesądzają o prawidłowości i wymuszają zastosowanie stawki 23% VAT do całości każdego ze świadczeń w ramach zadania nr 1, zadania nr 2 i zadania nr 3 podlegających każdorazowo kwalifikacji jako świadczenie kompleksowe. Stanowisko to potwierdza również kolejny zapis Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, Załącznik Nr 6 do SIWZ w pkt 9 — Sposób realizacji mechanicznego czyszczenia - na stronie 3 stwierdzono: „Przy oczyszczaniu nawierzchni należy:

- oczyścić całą powierzchnię jezdni, wysepki, powierzchni wokół wysepki, parkingów, azyli dla pieszych, wypiętrzeń, rond z wyłączeniem zieleńców na ich powierzchniach,

- dostosowanie prędkości jazdy zamiatarki do stopnia zabrudzenia czyszczonej powierzchni w taki sposób, aby zapewnić należyte jej oczyszczenie, wywozić zanieczyszczenia na wysypisko."

Dodatkowo w Rozdziale 2 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, Załącznik Nr 6 do SIWZ w pkt 2.1.e wyraźnie zaznaczono, że: „Zebrane zanieczyszczenia należy wywieźć na wysypisko, którego koszt należy w liczyć w cenę jednostkowa". Natomiast w pkt 2.1.k dodano:

„Cena zadania winna uwzględnić wszelkie składniki cenotwórcze m.in. robociznę, transport, cenę składowiska odpadów oraz wszystkie inne nie wymienione”.

Zdaniem Odwołującego, z powyższego jednoznacznie wynika, że pod pojęciem oczyszczania Zamawiający rozumie szereg czynności, które nie mieszczą się w PKWiU 81.29.12.0 i w rzeczywistości stanowią świadczenie kompleksowe. Wykonawca musi dysponować również placem magazynowym lub bazą sprzętową w lokalizacji, zapewniającej przez całą dobę dostęp do wymaganych materiałów, narzędzi i sprzętu, lokalizacja ta winna spełniać wymóg tak, by w szczycie komunikacyjnym wykonawca byt w stanie dojechać do na skrzyżowanie ulic Zwycięstwa z ul. Wyszyńskiego w Gliwicach w nieprzekraczalnym terminie 30 minut od wydania dyspozycji przez Zamawiającego (pkt 11 Rozdz. I Załącznika Nr 6 do SIWZ). Zamawiający oczekuje też więc gotowości i dyspozycyjności Wykonawcy, co również nie jest prostą usługą zamiatania śmieci i usuwania śniegu. W zakresie Zadania nr 2 (pkt 2.2 załącznika nr 6) pod pojęciem oczyszczania pasów zielni zdefiniowano czynność zbierania odpadów o różnym gabarycie np. meble, lodówki, pralki — co samodzielnie winno być klasyfikowane jako usługa zbierania odpadów innych niż niebezpieczne. Nie sposób tego rodzaju czynności zaliczyć też stricte do usługi zieleniarskiej. Podkreślił, (co Oferent również rozważał), iż co do zasady każde świadczenie dla celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług powinno być traktowane jako odrębne i niezależne, jednak z uzyskanej przez DROMAR interpretacji podatkowej jednoznacznie wynika, że w sytuacji, gdy jedna usługa obejmuje z ekonomicznego punktu widzenia kilka świadczeń, usługa ta nie powinna być sztucznie dzielona dla celów podatkowych i zasada ta znajduje zastosowanie w okolicznościach niniejszego postępowania w odniesieniu do każdego z zadań. W wyroku z dnia 27 września 2012 r. w sprawie C-392/11 Field Fisher Waterhouse (.) pkt 15 i 16 wyroku, TSUE stwierdził: „Jednakże jeżeli transakcja obejmuje wiele elementów powstaje pytanie, czy należy uznać, iż składa się ona z jednego świadczenia czy też kilku odrębnych i niezależnych świadczeń, które należy oceniać oddzielnie z punktu widzenia podatku VAT. Z orzecznictwa Trybunału wynika bowiem, że w pewnych okolicznościach formalnie odrębne świadczenia, które mogą być wykonywane oddzielnie, a zatem, odpowiednio, prowadzić do opodatkowania lub zwolnienia, należy uważać za jednolitą czynność, gdy nie są one niezależne' (wyrok z dnia 21 lutego 2008 r. w sprawie C-425/06 Part Service, Zb. Orz. s. 1-897, pkt 51). W tym zakresie Trybunał orzekł, że jedno świadczenie występuje w przypadku, gdy co najmniej dwa elementy albo co najmniej dwie czynności dokonane przez podatnika są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie tylko jedno nierozerwalne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny (zob. podobnie wyrok z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04, Levob Verzekeringen i OV Bank, Zb. Orz. s. 1-9433, pkt 22; ww. wyrok w sprawie Everything Everywhere, pkt 24 i 25).” Aby więc móc wskazać, iż dana usługa jest usługą złożoną (kompleksową), winna składać się ona z różnych świadczeń, których realizacja prowadzi jednak do jednego celu. Na usługę złożoną składa się więc kombinacja różnych czynności, prowadzących do realizacji określonego celu, na które składają się różnego rodzaju świadczenia. Powyższe dowodzi, że w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia ze świadczeniami kompleksowymi odnośnie wszystkich trzech zadań objętych zamówieniem publicznym. Innymi słowy, w analizowanym przypadku, w ramach każdego z zadań poszczególne czynności realizowane przez wykonawcę w ramach utrzymania infrastruktury Miasta Gliwice nie stanowią celu samego w sobie, lecz są środkami służącymi do utrzymania tej infrastruktury w określonym w postępowaniu i umowie standardzie. Wobec powyższego należy uznać (w ślad za przywoływaną już interpretacją z dnia 16 listopada 2018 r.), że poszczególne usługi wymienione w Ofercie w zakresie zadania nr 1, nr 2 i nr 3 zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: Utrzymanie czystości na terenie miasta Gliwice w latach 2020-2021 - nie stanowią celu samego w sobie, lecz są to czynności związane z utrzymaniem dróg, tunelu, chodników, pasów zieleni, rynku oraz Starówki w określonym standardzie i są środkami służącymi do zachowania bezpiecznego z nich korzystania. Oznacza to, że w przedmiotowym zamówieniu mamy do czynienia z trzema usługami kompleksowego utrzymania wyżej opisanej infrastruktury na terenie miasta Gliwice, wszystkie czynności wykonywane przez Wnioskodawcę w ramach zadania nr 1, nr 2 i nr 3 bez udziału podwykonawców są podejmowane w celu należytego wykonania przedmiotu umowy i mają charakter elementów składowych każdej z tych usług. Powyższe na gruncie podatku VAT wywołuje skutki w zakresie jednolitego opodatkowania wszystkich czynności wchodzących w skład każdego z trzech świadczeń objętych zadaniem nr 1, nr 2 i nr 3. Zastosowanie jednolitego reżimu podatkowego odnosi się do wszystkich elementów związanych z realizacją obowiązku podatkowego, tj. do określenia jednej stawki podatku. Przechodząc zatem do zastosowania właściwej stawki podatku dla kompleksowej usługi utrzymania ww. infrastruktury w asortymencie utrzymania czystości i jej dostępności należy wskazać, że całe świadczenie kompleksowe w odniesieniu do każdego z zadań będzie opodatkowane z zastosowaniem stawki podatku VAT podstawowej, tj. 23% VAT właściwej odpowiednio dla usługi utrzymania dróg, tunelu, chodników, pasów zieleni, rynku i Starówki w asortymencie utrzymania czystości i zapewnienia dostępności, w tym przejezdności. Dla usługi kompleksowej nie została przewidziana obniżona stawka podatku VAT, ani odrębny numer PKWiU, który można byłoby podać jako właściwy. W konsekwencji, usługi wykonywane przez Oferenta na rzecz Zamawiającego powinny być traktowane jako usługi kompleksowe, jednak nie będą

opodatkowane obniżoną stawką podatku VAT w wysokości 8%. Tym samym, jak stwierdzono to również w interpretacji podatkowej z dnia 16.11.2018 r., bez znaczenia w przedmiotowej sprawie pozostaje fakt, że wykonywane usługi mieszczą się nawet częściowo w poz. 174 (PKWiU — 81.29.12.0), załącznika nr 3 do ustawy o VAT — w odniesieniu do Zadania nr 1, czy też fakt, że elementom składowym każdej z usług kompleksowych właściwe są różne numery PKWiU, ponieważ - jak już wskazano wcześniej - ww. usługi składowe nie stanowią celu samego w sobie (i nie stanowią odrębnych świadczeń podlegających odrębnym stawkom podatkowym), lecz są środkami służącymi każdorazowo do wykonania kompleksowej usługi bieżącego utrzymania opisanej w danym zadaniu infrastruktury Miasta Gliwice w aspekcie utrzymania czystości i zapewnienia dostępności, w tym przejezdności. Ponadto, jak już wyżej wskazano, w załączniku nr 3 Ustawy do VAT nie przewidziano Świadczenia kompleksowego jako korzystającego z obniżonej stawki VAT. Świadczenia takiego nie przywiduje również obowiązujące PKWiU z 2008 r. (dla celów podatku VAT), jak i PKWiU z 2015 r., które dla celów podatku VAT zacznie obowiązywać z dniem 1 kwietnia 2020 r., co również należy brać pod uwagę, skoro zamówienie ma być wykonywane w latach 2020-2021, tym samym nie jest możliwe podanie dla niego odrębnego PKWiU. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie we wszystkich najnowszych interpretacjach Krajowej Informacji Skarbowej, czego dowodem jest przedstawiona już interpretacja indywidualna z dnia 16 listopada 2018 r., nr 0111-KDIB3-1.4012.598.2018.4.ICZ wydana dla Zakładu Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K. . Posiłkowo DROMAR powołuje się również na interpretację indywidualną Dyrektora KIS z dnia 17 listopada 2017 r., nr 0111-KDIB31.4012.433.2017.2.ICz. Podobne stanowisko zostało również zaprezentowane w wyroku WSA w Warszawie z dnia 3 lutego 2017 r., sygn. akt III Sa/Wa 27/16. W tym stanie rzeczy uznaję, że w odpowiedzi na Państwa wniosek, przedstawiłem wyczerpujące wyjaśnienia treści złożonej przeze mnie oferty co do zastosowanej stawki 23% VAT dla Zadania nr 1, Zadania nr 2 i Zadania nr 3 oraz PKWiU. W załączeniu składam jako dowód odpis indywidualnej interpretacji podatkowej nr 0111-KDIB3-1.4012.598.2018.4.ICZ, z dnia 16 listopada 2018r., wydanej przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej." Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie we wszystkich najnowszych Interpretacjach Krajowej Skarbowej, czego dowodem jest Interpretacja Indywidualna z dnia 16 11.2018 r., nr (.) wydana dla Zakładu Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR. Powołał się także na interpretację z 2017 r., nr (.). Także na stanowisko zaprezentowane w wyroku WSA z dnia 3 lutego 2017 r., sygn. akt III WWa 27/16. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie dokonał właściwej oceny Interpretacji Indywidulnej z dnia 16 października 2018 r., oraz wskazanych orzeczeń TSUE, doszedł do błędnych wniosków. istotnymi argumentami, dla których Interpretacja miałaby być nieadekwatna dla obecnego przedmiotu zamówienia. Ocena, czy w danej, konkretnej sprawie mamy czynienia ze świadczeniem kompleksowym powinna być dokonywana z punktu widzenia nabywcy tej usługi, Zamawiającego. Pogląd ten nie odnosi się jednak do możliwości wyboru określonej VAT, czy też możliwości jej ukształtowania, a do wyraźnego sprecyzowania celu, który służył Zamawiającemu przy organizacji Postępowania, co w konsekwencji pozwala rozpoznać czy jest to świadczenie kompleksowe czy świadczenie odrębne - mają wpływ także cechy charakterystyczne tych świadczeń. Zdaniem Odwołującego, „Trudno zaprzeczyć, że celem zamówienia są — w zakresie Zadania nr 1 - czynności związane z utrzymaniem szeroko rozumianej infrastruktury miejskiej w jezdni oraz tunelu w określonym standardzie i są środkami służącymi do zachowania bezpiecznego z nich korzystania, na co wyraźnie wskazuje opis przedmiotu zamówienia, co Odwołujący szczegółowo wykazał w swoich wyjaśnieniach złożonych w toku Postępowania. Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do tego stanowiska, natomiast podniósł, że jego intencją było zastosowanie stawki VAT 8%. Oznaczałoby to, że nie było jego intencją w Postępowaniu w zakresie Zadania nr 1 nabycie usług które zapewnią mieszkańcom Gliwic możliwość bezpiecznego korzystania z wyszczególnionej Infrastruktury miejskiej, co w żaden nie licuje z treścią OPZ . Wskazał, że o charakterze usługi nie decyduje wyłącznie cel podatkowy (by kupić usługi z korzystniejszą dla nabywcy stawką 8% VAT) a realny przedmiot świadczenia podlegającego opodatkowaniu. Nie ma wątpliwości, że w opinii organów podatkowych zamawiane kompleksowe świadczenia powinny podlegać opodatkowaniu stawką 23% (zastosowanie niższej stawki może nota bene narazić wykonawców na konieczność korekt w przypadku ewentualnych kontroli podatkowych). Tok argumentacji Zamawiającego przedstawionej w Zawiadomieniu z dnia 20 marca 2020 r. skłania do konkluzji, że celem przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego dotyczącego zastosowanych stawek VAT nie była rzeczywista, obiektywna ocena przedstawionych przez Wykonawców stanowisk, mająca doprowadzić do ustalenia poprawnego stanu w zakresie opodatkowania. Zamawiający - wbrew istotnym argumentom prawnym - akceptuje tylko stanowisko, wedle którego właściwy VAT to 8%, zwłaszcza, że - jak wynika z protokołu Postępowania i ujętej w nim szacowanej wartości zamówienia i jej porównania z kwotą przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia — sam Zamawiający uznał, że powiększy wartość zamówienia o 8% - co odpowiada 8% stawce VAT I w ten sposób uzyska kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia. Tymczasem założenie Zamawiającego, iż stawka VAT wynosi 8% jest błędne, stąd Odwołujący je kwestionuje w ramach postępowania odwoławczego. Dowód: Protokół postępowania i zbiorcze zestawienie ofert w ramach Zadania nr 1, w którym podano kwotę na sfinansowanie zamówienia (Załącznik nr 14 a, b, c).

Odnosząc się do wyjaśnień w zakresie VAT podał, że w piśmie z dnia 15 stycznia 2020r. w ramach Zadania nr 1 (jak również zadania nr 2 i 3) wskazał, (.) 8% stawka podatku VAT na nasze usługi została określona na podstawie obowiązujących przepisów, które stosuje się do celów opodatkowania tj. PKWiU 2008. Zgodnie z powyższym podajemy poniżej zastosowane przez nas pozycje PKWiU: 81.29.12.0 - Usługi zamiatania śmieci i usuwania śniegu - stawka 8% (podstawa prawna: poz. 174 załącznik nr 3 do Ustawy o VAT) oraz 81.30.10.0 - Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni — stawka 8 %(podstawa prawna : poz. 176 załącznik nr 3 do Ustawy o VAT). Tym samym ww. Wykonawca rozpoznał łącznie jedynie dwie usługi, tj. 81.29.12.0 - usługa śmieci i usuwania śniegu, 81.30.10.0 - usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni, wskazując, że właściwą stawką jest 8% VAT. Odwołujący zauważa, iż Wykonawca ZUKTZ nie rozpoznał wszystkich usług/czynności składających się na Zadanie nr 1. Pominięto niewątpliwie usługę pozostawania w nieustannej gotowości - 24h na dobę, o czym mowa w Szczegółowym Opisie Zamówienia Załącznik Nr 6 do SWZ, str 9 czytamy: „ Wykonawca realizował będzie sprzątnie zanieczyszczeń punktowych w obrębie chodników i zieleni 24 godziny na dobę każdego dnia w trakcie obowiązywania umowy o konieczności wykonania prac powiadomi przedstawiciel zamawiającego. Zamawiający każdorazowo w poniedziałek powiadomi wykonawcę o konieczności prac oraz Ich lokalizacji i obmiarze. Załączony wykaz ulic i zamieszczona w formularzu cenowym ilość metrów jest jedynie propozycją pozwalającą na wyliczenie ceny". Powyższe znajduje potwierdzenie w Części Ogólnej Szczegółowego Opisu Zmówienia (Załącznik Nr 6 do SIWZ, pkt 11 - Zaplecze techniczne I łączność, strona 5, gdzie Wykonawca (każdego z wymienionych Zadań, po podpisaniu urnowy został zobowiązany do przekazania Informacji na temat telefonu faksu oraz adresu e-mail do dyspozytora pracującego 24h/dobę. Świadczenie to nie zostało rozpoznane przez ZUKTZ, nie przypisane do właściwego kodu PKWiU oraz nie zostało przypisane do właściwej stawki VAT. W konsekwencji złożone wyjaśnienia należy uznać za niepełne, gdyż usługa pozostawania w gotowości ma bezpośredni związek ze wszystkimi innymi usługami/ czynnościami objętymi Zadaniem nr 1.

To oznacza, że nawet uznanie, że Zadanie nr 1 nie stanowi usługi kompleksowej (z czym Odwołujący się nie zgadza) zastosowanie do całości ceny oferty na Zadanie 1 stawki 8% i tak byłoby nieprawidłowe. Podkreślił, że DROMAR w wyjaśnieniach usługę pozostawania w gotowości szczegółowo opisał i sklasyfikował jako nierozerwalny element świadczenia kompleksowego, podobnie jak i inne elementy przedmiotu zamówienia np. usługę transportową czy usługę przechowania, a co zostało zupełnie pominięte przez wykonawcę ZUKTZ. Reasumując Odwołujący prawidłowo określił cenę w Postępowaniu za wykonanie Zadania nr 1 „Oczyszczanie Jezdni i tunelu" i prawidłowo rozpoznał w ww. zadaniu świadczenie z przyczyn opisanych powyżej, Bez znaczenia w przedmiotowej sprawie pozostaje fakt, że wykonywane poszczególne usługi, odrębnie, mieszczą się /nie mieszczą się w pozycjach Zadania nr 3 do o VAT, ponieważ jak już wskazano wcześniej ww. usługi nie stanowią celu samego w sobie, lecz są środkami służącymi do wykonania kompleksowej usługi utrzymania szeroko rozumianej infrastruktury w postaci jezdni i tunelu w określonym standardzie I są środkami służącymi zachowania bezpiecznego z nich korzystania. W sprawie znajdzie zastosowanie podstawowa stawka VAT - 23%, gdyż świadczenie kompleksowe nie jest wymienione w załączniku nr 3 Ustawy o VAT. Zwrócił uwagę, że OPZ rozdział I pkt 12 - Warunki Realizacji Robót, w części, stanowiącej też wymagania ogólne, zawarto jednoznaczną informację, że wybrany Wykonawca każdego zadania jest zobowiązany do:

- kompleksowego wykonania robót stanowiących przedmiot zamówienia.

II.2. W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, ewentualnie jej art. 24 ust. 1 pkt 17, ewentualnie art. 26 ust. 3

Zgodnie z postanowieniami SIWZ (pkt 8 ust. 3), Zamawiający postawił następujący warunek w odniesieniu do zdolności technicznej dla Zadania nr 1: „3. Zdolność techniczna lub zawodowa Określenie warunku:

Dla zadania nr 1:

„Wykonawca musi wykazać, że w okresie 3 lat przed upływem terminu składana ofert, a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie usługę utrzymania czystość nawierzchni dróg o łącznej powierzchni min. 3.000.000 m2 w maksymalnie dwóch zadaniach", W toku Postępowania w zakresie Zadania nr 1 ZUKTZ J. W. pismem z dnia 21.01.2020 r. (jeszcze przed pierwszym unieważnieniem Postępowania w zakresie Zadania nr 1) został wezwany w trybie art. 26 ust. 1 ustaw Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia. Dowód: wezwanie ZUKTZ J. W. do złożenia dokumentów z dnia 21.01.2020 r. (Załącznik nr 22). W odpowiedzi Wykonawca złożył wykaz usług z dwoma pozycjami i dwa poświadczenia. Dowód: Wykaz usług ZUKTZ (Załącznik nr 23) wraz z poświadczeniem 1 i 2 (Załącznik nr 24) i (Załącznik nr 25).

W wykazie usług wykonawcy ZUKTZ wskazane zostały dwie pozycje min. w pod pozycją 1

wymienił jako referencyjną (na potwierdzenie spełniania warunku ujętego w pkt 8 SIWZ) usługę realizowaną na rzecz Miejskiego Zarządu Zieleni i Gospodarki Komunalnej w Bytomiu. Ww. usługi były wykonywane przez ZU KTZ J. W. na podstawie umowy nr MZZiGK.272.33.2016 z dnia 02.05.2016 r. Dowód' kopia umowy (Załącznik nr 26).

Co niezwykle istotne termin wykonania ww. umowy obejmuje okres: 01.07.2016 r. do 30.04.2019 r. a więc realizacja usług w ramach przedmiotowej umowy została już zakończona, co powoduje, że wykonawca jako potwierdzenie należytego wykonania mógł przedstawić tylko i wyłącznie referencję odnoszącą się do należytej realizacji całej przedmiotowej umowy - nie zaś wybranych jej fragmentów (co jest możliwe w przypadku umów będących w toku realizacji). DROMAR uzyskał w trybie dostępu do informacji publicznej od zamawiającego Miejskiego Zarządu Zieleni i Gospodarki Komunalnej w Bytomiu następujące dokumenty, które potwierdzają fakt nienależytego wykonania przedmiotowej umowy przez wykonawcę ZUKTZJ. W.:

a) noty księgowe i oświadczenia o potrąceniu przedmiotowych kar z wynagrodzenia wykonawcy ZUKTZ: kopia noty księgowej nr 13/2019 r. na kwotę 146 501,12 zł (dowód: kopia pisma MZZiGK w Bytomiu z dnia 25.03.2019 r. (znak: DFK.3222.16.2019); kopia noty księgowej nr 14/2019 r. na kwotę 2 221 643, 28 zł (dowód: kopia pisma z dnia 25.03.2019 r. (znak: DFK.322.17.2019); kopia noty księgowej nr 25/2019 na kwotę 277 352,42 zł (dowód: kopia pisma z dnia 08.04.2019 r. (znak: DFK.3222.25.2019); kopia noty księgowej nr 28/2019 na kwotę 72,59 zł (dowód: kopia pisma z dnia 18.04.2019 r. (znak: DFK.3222.28.2019). Dowód: pismo Miejskiego Zarządu Zieleni i Gospodarki Komunalnej w Bytomiu z dnia 22.01.2020 r. wraz z kopiami not księgowych wskazanych powyżej (Załącznik nr 27).

b) dokument od Miejskiego Zarządu Zieleni i Gospodarki Komunalnej w Bytomiu, który zamawiający potwierdza jasno, że: „w okresie realizacji umowy pn. „Realizacja pakietu usług sanitarno-porządkowych i konserwacyjnych na terenie miasta Bytomia zostały nałożone kary umowne". Dowód: kopia pisma MZZGiK w Bytomiu z dnia 24.01.2020 r. (załącznik nr 28). Jednocześnie Odwołujący podkreśla, że po uzyskaniu odpowiedzi uzyskanych w trybie dostępu do informacji publicznej od zamawiającego MZZGiK w Bytomiu nt. nienależytej realizacji umowy z dnia 02.05.2016 r., przekazał Zamawiającemu kopie uzyskanych dokumentów wraz z pismem wskazującym na nieprawidłowości i załącznikami w postaci not obciążeniowych potwierdzających naliczenie kar umownych za nienależytą realizację umowy. Dowód: pismo DROMAR do Zamawiającego z dnia 29.01.2020 r. (Załącznik nr 29) Zamawiający - jak wynika z udostępnionej Odwołującemu dokumentacji - pismem z dnia 30.01.2020 r. zwrócił się do MZZGiK w Bytomiu m.in. z następującymi pytaniami:

„Proszą o wyjaśnienie:

1. Czy umowa została w całości zrealizowana należycie?

2. Czy w trakcie jej realizacji były naliczane kary umowne lub inne? Jeśli tak, to czego dotyczyły?

3. Czy należności wynikające z ewentualnych kar zostały uregulowane?

4. Czy ewentualne szkody związane z nieprawidłową realizacją umowy, czego sutkiem było naliczenie kar, zostały naprawione, czy rzutowały na efekt końcowy wykonania.

Powyższe Informacje są nam niezbędne do rozstrzygnięcia postępowania, dlatego będziemy wdzięczni o jak najszybsze udzielenie odpowiedzi."

Miejski Zarząd Zieleni i Gospodarki Komunalnej w Bytomiu w odpowiedzi podał:

„1. Z uwagi na okres na jaki umowa była zawarta, na okres ok. 3 lat, oraz jej duży zakres, nie da się jednoznacznie stwierdzić. czy umowa została należycie zrealizowana. Dodatkowo należy mieć na uwadze, że przedmiotem umowy było świadczenie usług, a nie wykonanie jakiegoś dzieła, które można byłoby ocenić pod kątem należytego wykonania. Część zadań była wykonana prawidłowo, jednakże co do części były zastrzeżenia i w związku z tym zostały naliczone kary umowne za nieprawidłowe wykonanie umowy w określonej części czy za poszczególne zlecenia.

2. Kary umowne naliczone były za okres XI-XII.2018 r. oraz I - III.2019 r. Dotyczyły głównie niezgodnego z umową zimowego utrzymania pasa drogowego oraz terenów poza pasem

drogowym.

3. Kary umowne zostały potrącone ze środków zatrzymanych jako zabezpieczenie należytego wykonania umowy oraz z przedłożonych do zapłaty faktur VAT. Aktualnie Wykonawca dochodzi przed Sądem zwrotu kar umownych uznając, zostały one nałożone niezasadnie.

4. W trakcie realizacji umowy nie wystąpiły szkody. Kary umowne zostały naliczone z uwagi na niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie prac objętych urnową.”

Dowód; pismo Zamawiającego do MZZiGK w Bytomiu z dnia 30.01.2020 r. i odpowiedź udzielona Zamawiającemu w dniu 7.02.2020 r. (Załącznik nr 30 a i b).

W ocenie Odwołującego, wykonawca ZUKTZ J. W., działając z zamiarem bezpośrednim przedłożył Zamawiającemu poświadczenie potwierdzające należyte wykonanie usług realizowanych w „wycinku” całego okresu realizacji ww. umowy za który nie zostały mu naliczone kary umowne za nienależytą realizację umowy, czym wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu ww. informacji o tym, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, jednocześnie zatajając przed Zamawiającym informacje, że realizacja przedmiotowej umowy przebiegła nienależycie (czego ZUKTZ J. W. miał pełną świadomość). Wyczerpuje to przesłankę wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Realizacja usług w ramach umowy nr z dnia 02.05.2016 r., nie była podzielona na zadania. Tym samym nie jest dopuszczalne wykazywanie się „fragmentami okresów świadczenia usługi”, które wykonane zostały należycie, z pominięciem innych fragmentów tej samej usługi świadczonej na podstawie tej samej umowy, które świadczone byty nienależycie,

i za które wykonawcy zostały naliczone kary umowne. To, że podmiot wykonał większą część usługi dobrze, a mniejszą część źle np. nieterminowo, nieprawidłowo, oznacza że nie można uznać, iż całość usługi została wykonana należycie. Przez należyte wykonanie zamówienia należy rozumieć zgodnie z art. 355 § 1 Kc w zw. z art. 14 ustawy staranność ogólnie wymaganą w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Należy więc uznać, że ocena należytej staranności powinna uwzględnić całokształt zachowań dłużnika w ramach realizacji umowy, nie zaś tylko prawidłowe wykonanie niektórych czynności. Stwierdził, że niedopuszczalne jest, by Zamawiający stopniował winę ZUKTZ J. W. poprzez uznanie, że nieprawidłowa realizacja części zamówienia powoduje przyjęcie, że usługę uznaje się za wykonaną należycie. Przy takiej percepcji wykonawca zawsze mógłby się powoływać na „kawałki” prawidłowo zrealizowanych usług pomimo faktu, że pełen zakres świadczenia objęty daną umową został wykonany nienależycie, lub nieterminowo, co prowadziłoby do absurdalnych wniosków na gruncie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Żaden przepis ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych wydanych do niej nie przewiduje możliwości gradacji uchybień w realizacji zamówienia pozwalający na przyjęcie, że niewielka część nienależycie wykonanego zamówienia nie powoduje skutku w postaci wykluczenia wykonawcy, który nie potwierdził należytego wykonania zamówienia. Ewentualnie, na wypadek uznania, że działanie wykonawcy ZUKTZ J. W. nie nosiło cech zamierzonego działania, czemu jednak Odwołujący w całej rozciągłości się sprzeciwia, DROMAR zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZUKTZ J. W. w sytuacji, gdy działając co najmniej niedbale albo lekkomyślnie przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, które mogły i miały istotny wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w Postępowaniu. Jednocześnie Odwołujący podkreśla, że w przypadku uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16, ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, wykonawca J. W. powinien zostać wykluczony bez wzywania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący podkreślił, że "świadome podanie nieprawdziwych informacji przez wykonawcę zwalnia zamawiającego z obowiązku wzywania do złożenia określonych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. (wyrok KIO 1602/12; KIO 1607/12; KIO 1613/12; KIO 1616/12; KIO 1617/12; KIO 1618/12). "Procedura uzupełnienia dokumentów przewidziana w art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, znajduje zastosowanie jedynie do braku dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a nie do dokumentów mających potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, zawierających informacje nieprawdziwe mające lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania" (wyrok KIO 1452/12). Na wypadek nieuwzględnienia ww. zarzutów art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp i ewentualnego zarzutu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, których skutek odnosiłby się bezpośrednio do wykluczenia ZUKTZ J. W. w zakresie zadania nr 1 i uznania oferty za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp), Odwołujący stawia ewentualny zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Z uwagi bowiem na fakt niewykazania spełnienia warunku w zakresie Zadania nr 1 usługą ujętą w poz. nr 1 wykazu usług, wykonawca powinien zostać wezwany w przedmiotowym zakresie.

II.3. W zakresie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp

Odwołujący podkreślił, że w okolicznościach niniejszej sprawy zawarcie umowy z wykonawcą w następstwie wyboru jego oferty nie wywoła, a wręcz nie może wywołać skutku w postaci zaciągnięcia zobowiązania ponad kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Przedmiotem zamówienia w ramach Zadania nr 1 jest usługa polegająca o oczyszczaniu jezdni i tunelu. Rozliczenie z wykonawcą, będzie dokonywane sukcesywnie w toku wykonywania umowy i ostatecznie będzie to wartość wynikająca z ilości wykonanych robót, rodzaju i zakresu i cen jednostkowych podanych w ofercie wykonawcy, przy czym wedle SIWZ wskazano, że wartość ta nie noże przekroczyć kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, która stanowi górny limit wynagrodzenia wykonawcy. W SIWZ wielokrotnie Zamawiający wskazywał i zaznaczał, że ilości usług są szacunkowe i zostały podane

wyłącznie po to, aby ustalić wspólną podstawę wyceny ofert. Zaznaczono to w szczególności pod Załącznikiem 3a do SIWZ — Formularz cenowy, który został skonstruowany w sposób następujący:

OCZYSZCZANIE PASÓW DROGOWYCH NA TERENIE MIASTA GLIWICE

ZADANIE NR 1 - OCZYSZCZANIE JEZDNI I TUNELU

Lp.	Nazwa zadania	Jedn. miary	Przewidywana ilość jednostek miary	Cena jedn. netto	rtość zł netto (kol.4x5)
	2	3	4	5	6
2	Jednokrotne mechaniczno - ręczne zamiatanie jezdni	100m2	2500000		
3	Usuwanie chwastów	1m2	25000		
4	Jednokrotne mechaniczne zmywanie jezdni	100m2	25000		
5	Usuwanie skótków zdarzenia nagłego	1 szt.	300		
				Razem netto:	
				VAT zł:	
*Szacunek ilościowy robót, został określony wyłącznie po aby dać Wykonawcom wspólną podstawę wyceny ofert				Razem brutto	

Dowód: Załącznik nr 3a do SIWZ — w dokumentacji Postępowania

Skoro więc Zamawiający zastrzegł, że ceny z FO mają służyć tylko i wyłącznie porównaniu ofert i wyborowi oferty najkorzystniejszej, to przewidywana ilość jednostek miary nie ma odzwierciedlenia w rzeczywistej ilości wykonanych/planowanych do wykonania prac. Tak, jak zaznaczył Zamawiający, jest to tylko i wyłącznie szacunek ilościowy robót, który został określony wyłącznie po to, aby dać wspólną podstawę wyceny prac celem porównania i wyboru oferty. Liczba zamawianych usług może ulec zmianie w trakcie realizacji umowy, jednakże wartość całkowita zamówienia nie może przekroczyć kwoty przeznaczonej na to zadanie w budżecie Zamawiającego, a więc budżet nie licuje z tą z planowaną ilością w sposób pozwalający w okolicznościach sprawy zastosować dyspozycję przepisu art. 93 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, a jedynie wyznacza górny pułap zobowiązania Zamawiającego, do osiągnięcia którego może on zlecać usługi po cenach jednostkowych wskazanych w ofercie zwycięskiego wykonawcy. Tym samym w ocenie Odwołującego w ogóle nie można porównywać cen ofert z wartością przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, gdyż FO nie został skonstruowany jako podstawa do wyliczenia ceny oferty, co do zapłaty której wykonawca uzyska roszczenie w stosunku do Zamawiającego. We wzorze umowy dotyczącym Zadania nr 1 w Postępowaniu, stanowiącym Załącznik nr 5a do SIWZ, Zamawiający wskazał, że:

„Termin realizacji umowy

1. Wykonawca zobowiązuje się wykonywać prace objęte przedmiotem umowy od dnia

zawarcia niniejszej umowy tj. od dnia r. do dnia:..... r., lub do wyczerpania środków

finansowych przeznaczonych na wykonanie przedmiotowej umowy określonych w § 5 ust 2 w zależności od tego co nastąpi wcześniej.

(.) Wynagrodzenie i warunki płatności

1. Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie za wykonane roboty, w wysokości odpowiadającej ilości faktycznie wykonanych i odebranych robót wg obmiaru.

2. Wynagrodzenie za roboty o których mowa w ust.l. stanowić będzie wynikową ilości wykonanych robót i cen jednostkowych podanych przez Wykonawcę w Ofercie, przy czym wartość całkowitego wynagrodzenia nie może przekroczyć kwoty jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia tj. zł brutto (słownie 00/100 złotych brutto)

(.) 15. Strony ustalają następujące zasady rozliczeń i płatności za wykonane roboty:

- rozliczenie miesięczne,

- podstawą wystawienia faktury jest zatwierdzony przez Zamawiającego protokół odbioru.

16. Płatność faktur będzie dokonywana przelewem przez Zamawiającego na rachunek Wykonawcy wskazany w fakturze w terminie 21 dni od daty doręczenia faktury Zamawiającemu.

(...) § 6. Sposoby rozliczeń i odbioru

1. Strony zgodnie postanawiają, że podstawą dla wystawienia faktur miesięcznych stanowić będą odbiory częściowe robót wykonywanych w danym miesiącu. Wykonawca codziennie do godz. (.) .

Również w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia (Zał. Nr 6 do SIWZ) znaleźć można zapisy potwierdzające przyjętą przez Zamawiającego konstrukcję:

„10. Kategorie oczyszczania.

Wymaga się, aby mechaniczne i ręczne oczyszczanie nawierzchni odbywało się systematycznie według następujących zasad

• Zamawiający w każdy piątek będzie na bieżąco przekazywał harmonogram prac na kolejny tydzień osobie wskazanej przez Wykonawcę jako koordynatora prac

• Wykaz ulic wraz z orientacyjną powierzchnią jest podany w załączniku do SIWZ. Zamawiający może wskazać także w trakcie realizacji umowy dodatkowe powierzchnie, które powinny zostać przez Wykonawcę oczyszczone w czasie ustalonym z Zamawiającym, które nie zostały uwzględnione w wykazie. W przypadku dodatkowo zleconych miejsc do oczyszczenia Zamawiający przekaże Wykonawcy ich powierzchnię i na tej podstawie pod koniec każdego miesiąca Zamawiający dokona płatności za oczyszczone metry. Zamawiający zastrzega sobie w każdym czasie trwania umowy możliwość zwiększania lub zmniejszania powierzchni, które należy oczyścić. Zamawiający może wskazać wykonawcy do oczyszczenia (zamiatania), mycia w postaci całej ulicy lub jej części bazując na jednostkach miar wskazanych w ofercie.

(...) Strony dopuszczają możliwość zwiększenia wykonania zleconych prac ze względu na warunki atmosferyczne (okres suszy, wiatry) lub innych uwarunkować wynikających z potrzeb zamawiającego (imprezy masowe, przebudowa układu komunikacyjnego miasta itp.)”

Rozdz. 2 pkt 2 ppkt. 2.1. lit. l) SPOZ zał. Nr 6 do SWZ):

„l) Realizacja usług odbywać się będzie w oparciu o przekazywane przez Zamawiającego na bieżąco zlecenia wyznaczające zakres i częstotliwość prowadzenia prac na dany tydzień. cenowym pozwalającą na wyliczenie ceny.”

Podsumowując, zdaniem Odwołującego, narzucona przez Zamawiającego konstrukcja postanowień SIWZ, w tym Formularza Ofertowego, wzoru umowy i SPOZ powoduje, że nie ma podstaw do tego, by Zamawiający stosował przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał na wyrok KIO 1944/18, który dotyczył postępowania prowadzonego przez tego samego Zamawiającego, i który na zasadzie analogii można odnieść do niniejszego postępowania. W tym wyroku Izba wskazała, że: (.) zgodnie z uwagą zawartą w pkt 17 SIWZ oraz formularzu ofertowym, szacowane ilości na podstawie których wyliczano ceny ofertowe zostały określone wyłącznie po to, aby dać wykonawcom wspólną podstawę wyceny oferty. A zatem, ceny podane w formularzach ofertowych służyły temu, aby zapewnić porównywalność ofert cenowych, natomiast nie miały być porównywane z wartością oszacowaną przez zamawiającego lub przeznaczoną przez niego na sfinansowanie zamówienia. Powyższa okoliczność miała istotne znaczenie dla ustalenia adekwatnego punktu odniesienia dla porównania ceny ofertowej pod kątem rażąco niskiej ceny. Przy przyjętej przez zamawiającego konstrukcji, takim punktem odniesienia nie była wartość szacunkowa, która określana była odmiennie niż wzór przyjęty dla wyliczenia ceny ofertowej. Adekwatną wartością, spośród dwóch wskazanych w art. 90 ust. 1a Pzp, była średnia arytmetyczna złożonych w postępowaniu ofert, których porównanie mogłoby stworzyć ewentualną podstawę dla powzięcia wątpliwości co do charakteru zaoferowanej ceny.”

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 677/20 po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. z Bytomia wnosząc o oddalenie odwołania.

Przeciw temu przystąpieniu zgłosił opozycję na podstawie art. 185 ust. 4 ustawy Pzp wnoszący odwołanie wykonawca Zakład Usług Drogowych i Komunalnych "DROMAR" M. K. ze Stanicy podnosząc, że z uzasadnienia wniosku wynika, że skutkiem czynności Zamawiającego doszłoby do unieważnienia postępowania. Nie znajduje w takim przypadku interesu wykonawcy w tym, aby Zamawiający unieważnił to postępowanie.

Izba nie uwzględniła opozycji wskazując, że interes przystępującego w rozumieniu art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest pojęciem znacznie szerszym, niż interes do wniesienia odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 tej ustawy. Skutkiem przystąpienia nie musi być uzyskanie zamówienia publicznego, może to być natomiast jakikolwiek interes, również faktyczny, który będzie potencjalnie zrealizowany przez rozstrzygnięcie odwołania na korzyść strony, do której zgłoszono przystąpienie. W tym przypadku zgłaszający opozycję nie uprawdopodobnił, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił, co jest wymagane wskazanym art. 185 ust.4 zdanie drugie ustawy Pzp.

Izba rozpoznając zarzuty z odwołań ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jej rozdziałem 3:

„Przedmiotem zamówienia jest: Utrzymanie czystości na terenie miasta Gliwice w latach 2020-2021 r. W podziale na zadania:

Zadanie nr 1 - Oczyszczanie jezdni oraz tunelu,

Zadanie nr 2 - Oczyszczanie chodników oraz pasów zieleni, Zadanie nr 3 - Sprzątanie rynku oraz Starówki.

Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia zawiera załącznik nr 6 do SIWZ wraz z wykazami ulic W1, W2, W3, stanowiącymi odpowiednio załączniki nr 12 a, b, c, do SIWZ".

Wykonawcy (3.1.) mogli składać oferty na wszystkie zadania lub dowolnie wybrane przez siebie zadanie.

Dla każdego zadania (3.2) prowadzone były odrębne postępowanie przy wyborze oferty. Przewidziano także (3.3) udzielenie zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Wartość szacunkowa zamówienia (według wniosku z dnia 20.11.19 r.) została określona przez Zamawiającego na kwotę: „Wartość szacunkowa zamówienia: 1 590 208,79 euro netto; 1 717 425,49 euro brutto a w złotych: Wartość szacunkowa zamówienia 7 405 026,48 zł brutto".

Z ustaleń wynika, że ustalając wartość brutto zamówienia uwzględniał stawkę podatku VAT w wysokości 8 %".

Zamawiający przed otwarciem ofert w każdym z trzech zadań podał informację:

„Kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie zamówienia wynosi 7 405

026,48 zł brutto.

Kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na finansowanie części zamówienia wynosi (...) odpowiednio:

Zadanie 1: 4 141 806,48 zł brutto

Zadanie 2: 2 032 020,00 zł brutto

zadanie 3: 1 231 200,00 zł brutto.

W zakresie zadania 1 (którego dotyczy spór) oferty złożyli wnoszący odwołanie wykonawcy: J. W. Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych z Bytomia z ceną brutto 5 134 590 zł uwzględniając stawkę VAT w wysokości 8 % oraz Zakład Usług Drogowych i Komunalnych "DROMAR" M. K. ze Stanicy z ceną brutto 7 094 322,50 zł uwzględniając stawkę VAT w wysokości 23 %. W zakresie zadania 2 złożono 3 oferty z których dwie (z perspektywy ceny) nie przekroczyły kwoty wskazanej tytułem przeznaczonej na realizację tego zadania (ceny

brutto wg ofert wynosiły odpowiednio: 1 872 720 zł, 2 847 204 zł i 2 138 184 zł). Także w zakresie zadania 3 złożono trzy oferty z tym że każda nie przekraczała kwoty wskazanej tytułem przeznaczonej na realizację tego zadania (ceny brutto wg ofert wynosiły odpowiednio: 1 090 800 zł; 1 036 644 zł i 1 155 600 zł).

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania 2 i 3. Natomiast w zakresie zadania 1 z uwagi na przekroczenie w każdej z ofert kwoty przeznaczonej na realizację tego zadania podjął decyzję o unieważnieniu postępowania w tej części.

Izba rozpoznając podnoszony zarówno w odwołaniu KIO 672/20 jak i w odwołaniu KIO 677/20 kluczowy zarzut dotyczący unieważnienia przedmiotowego

postępowania w zakresie zadania 1 z naruszeniem art. 93 ust.1 pkt 4 Pzp uznała ten zarzut za niezasadny. Także za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 93 ust. 2 ustawy Pzp, który został podniesiony w odwołaniu KIO 672/20.

W myśl wskazanego art. 93 ust.1 pkt 4 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: (.) 4) cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty;".

Z kolei w myśl art. 93 ust.2 ustawy Pzp: „2. Jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, do unieważnienia w części postępowania o udzielenie zamówienia przepis ust. 1 stosuje się odpowiednio."

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że na gruncie ustawy Pzp decyzja zamawiającego o zwiększeniu kwoty środków przeznaczonych uprzednio na realizację zamówienia i ogłoszonej przed otwarciem ofert jest jego decyzją suwerenną i ewentualne zmiany, co do możliwości zwiększenia kwot przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia (jak zaznacza się w orzecznictwie) są uprawnieniem zamawiającego (nie jego obowiązkiem) i w zależności od statusu prawnego jednostki zamawiającej podlegają decyzji własnej zamawiającego lub są uzależnione od innych podmiotów, w szczególności od dysponentów budżetowych określonego stopnia. Zatem zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania dodatkowych środków finansowych na sfinansowanie zamówienia ponad kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Dotyczyć to może także części zamówienia (wyodrębnionego zadania), co ma miejsce w niniejszej sprawie i wówczas wskazany przepis art. 93 ust.1 pkt 4 stosuje się w związku z art. 93 ust.2 Pzp odpowiednio. W stanie faktycznym sprawy dla każdego zadania (rozdział 3.2 SIWZ) prowadzone było odrębne postępowanie przy wyborze oferty, w tym odrębnie szacowane były wartości, a także odrębnie - w trybie art. 86 ust.3 ustawy Pzp - ogłoszona została na tle składanych w danym zadaniu oferty przed ich otwarciem - kwota, jaką zamierzał zamawiający przeznaczyć w danym zadaniu na realizację zamówienia. Takie procedowanie mieści się w kompetencjach zamawiającego, a przepisy art. 86 ust. 3 oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp tych kompetencji nie ograniczają. Niewątpliwie przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp dopuszcza wprost możliwość unieważnienia postępowania przez zamawiającego, po samym tylko ustaleniu, że oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wskazuje na to wprost brzmienie tego przepisu. Izba na marginesie zauważa, że Zamawiający przed podjęciem decyzji o unieważnieniu postępowania w zakresie zadania 1 konsultował możliwe rozwiązania z właściwym dla jednostki organem przedstawiając (pismo z dnia 19 marca 202020 r. skierowane do zastępcy Prezydenta Miasta

Gliwice) możliwe alternatywne rozwiązania, w tym zwiększenie środków nie uzyskując co do tej propozycji akceptacji. Dodatkowo należy za doktryną i orzecznictwem podnieść, że zamawiający jest dysponentem środków finansowych i decydentem odnośnie wydatkowania tych środków, przy czym decyzja odnośnie zwiększenia kwoty przeznaczonej nie musi być uzewnętrzniona w sformalizowany sposób. Zamawiający (co już zauważono) nie ma obowiązku poszukiwania źródeł finansowania ponad kwoty, które pierwotnie zabezpieczył, w celu wyboru oferty najkorzystniejszej i zapobieżeniu unieważnieniu postępowania. Uczestnicy postępowania, wykonawcy nie mogą oczekiwać, że zamawiający będzie przesuwał środki przeznaczone na realizację innych części zamówienia, czy zaoszczędzonych w toku postępowania. Bezpodstawnym jest również oczekiwanie, że zamawiający będzie udowadniał, że jego możliwości finansowe nie pozwalają na zwiększenie środków.

Zdaniem Izby nie są słuszne twierdzenia, że przesłanka nie ma zastosowania z uwagi na postanowienia § 5 wzoru umowy. Celem prowadzonego postępowania jest realizacja prac objętych zadaniem 1 w całym okresie. I w tym przypadku Izba zgodziła się z Zamawiającym (z uwagi na przyjętą formułę kosztorysowego rozliczania wynagrodzenia), że te postanowienia będą miały zastosowanie, ale tylko w przypadku gdy przekroczenie kwoty będzie spowodowane przekroczeniem przewidywanych przez Zamawiającego ilości wskazanych dla kalkulacji ceny oferty. Wtedy w istocie obiektywnie będzie zmuszony do poszukiwania dodatkowych środków celem zabezpieczenia wykonania prac w całym okresie, przewidzianym w umowie.

Tym samym za niezasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 93 ust.1 pkt 4 Pzp w związku z ust. 2 tego przepisu.

Izba, odnosząc się do pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu o sygn. akt: KIO 672/20 przez wykonawcę J. W.Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych z Bytomia stwierdza, że te zarzuty są niezasadne z następujących powodów.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 93 ust. 3 Pzp (braku wskazania rzeczywistych podstaw unieważnienia Postępowania) Izba stwierdza, że Zamawiający wskazał zarówno w piśmie z dnia 11 lutego 2020 r. jak i piśmie z dnia 20 marca 2020 r. prawną i faktyczną podstawę unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W pierwszym z pism wskazał, że unieważnia postępowanie w zakresie zadania 1: (.) ponieważ cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia". Uzupełniająco w piśmie z dnia 12 lutego 2020 r. odpowiadając wykonawcy poinformował, że: (.) w przedmiotowym postępowaniu dla zadania nr 1 - Oczyszczanie jezdni i tunelu, jedynym kryterium była cena dlatego oferta z najniższą ceną jest równocześnie ofertą najkorzystniejszą. Ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, aby przyspieszyć ewentualny wybór oferty najkorzystniejszej, Zamawiający starając się zoptymalizować i przyspieszyć ten proces, jednocześnie podjął próbę badania i oceny oferty z najniższą ceną złożoną przez Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu oraz rozważał możliwość ewentualnego zwiększenia środków jakie może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do kwoty oferty z najniższą ceną. Ostatecznie Zamawiający zdecydował, że środki nie zostaną zwiększone i odstąpił od dokończenia badania oferty firmy Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. . W związku z tym, iż ceny obu ofert złożone dla tej części postępowania przewyższały kwotę jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, (.) nie dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej unieważnił tą część postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4) Ustawy (.) Prawo zamówień publicznych (.). Z kolei w piśmie z 20 marca 2020 r. w jego pierwszej części poinformował o podstawach prawnych i faktycznych odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Usług Drogowych i Komunalnych "DROMAR" M. K. ze Stanicy. W części drugiej pisma dotyczącej zawiadomienia o unieważnieniu postępowania podał, że postępowanie w zakresie Zadanie nr 1 - Oczyszczanie jezdni i tunelu zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4) ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym wskazał: (.) Postępowanie zostaje unieważnione dla zadania nr 1, ponieważ cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia dla tej części zamówienia tj. cena oferty najkorzystniejszej wynosi: 5.134.590,00 zł brutto; kwota jaka Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia dla części 1 to 4.141.806,48 zł brutto. Różnica to 992.783,52 zł brutto".

W przypadku zarzutu naruszenia art. 186 ust. 2 d. 2 Pzp (zaniechanie dokonania wszystkich czynności co do których zobowiązał się Zamawiający w piśmie z dnia 27 lutego 2020r. stanowiącym uwzględnienie odwołania złożonego w zakresie części zamówienia oznaczonej jako zadanie nr 3 i dotyczące sprzątania rynku oraz Starówki w Gliwicach, Izba wskazuje że Zamawiający w piśmie z dnia 27.02.2020 r. podał: „Na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy (.) Prawo zamówień publicznych (...) wnosi odpowiedź na odwołanie Wykonawcy wniesione w dniu 21 luty 2020 r. w zakresie Zadania nr 1 przez J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu przy ul. Wł. Łokietka 4. Zamawiający informuje, że uwzględnia odwołanie w zakresie: 1. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania. 2. Dokonania badania (czyli wykluczenie wykonawców w przypadkach wynikających z ustawy i odrzucenie ofert w przypadkach wynikających z ustawy) i oceny ofert. 3. Dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej". Jak wynika z treści wskazywanego już pisma z dnia 20.03.2020 r. czynności - co do zadania 1 - w zakresie deklarowanym zostały wykonane. Tym samym zarzut jest niezasadny. Izba zauważa ponadto brak określenia - w tym odwołaniu - żądań w

zakresie tego zarzutu, co niewątpliwie nie odpowiada wymaganiom z art. 180 ust.3 ustawy

Pzp. W myśl tego przepisu: „3. Odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania". W konsekwencji powyższe ustalenia czynią także niezasadnym zarzut naruszenia art. 5 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 Pzp, albowiem wykonanie czynności w toku Postępowania nie nastąpiło w sposób sprzeczny z uwzględnionymi zarzutami wcześniejszego odwołania.

W konkluzji Izba stwierdza niezasadność także podnoszonego w tym odwołaniu zarzutu naruszenia art. 7 Pzp, albowiem nie można było (w zakresie podnoszonych zarzutów) uznać, że Postępowanie prowadzone było z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji.

Izba, odnosząc się do pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu o sygn. akt: KIO 677/20 przez wykonawcę Zakład Usług Drogowych i Komunalnych "DROMAR" M. K. ze Stanicy i orzekając o ich oddaleniu miała na uwadze następujące okoliczności.

W pierwszej kolejności Izba uwzględniała dyrektywę z art. 192 ust.2 ustawy Pzp, stwierdzając, że nawet hipotetyczna zasadność wskazanych w przedmiotowym odwołaniu zarzutów pozostaje bez wpływu na wynik tego postępowania odwoławczego, albowiem jak Izba wskazała kluczowy zarzut naruszenia art. 93 ust.1 pkt 4 nie jest zasadny.

W myśl wskazanego art. 192 ust.2 ustawy Pzp: „Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia". Zatem ewentualne uwzględnienie w niniejszej sprawie zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp (istotnego z perspektywy rozstrzygnięcia o wyborze najkorzystniejszej oferty) wobec nie uwzględnienia zarzutu dotyczącego podstaw unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 Pzp nie miałby wpływu na wynik tego postępowania w zakresie zadania 1. Izba jednocześnie stwierdza, że Zamawiający podejmując decyzję w dniu 20 marca 2020 r. o odrzuceniu oferty wykonawcy DROMAR miał podstawę uznać, że Odwołujący złożył ofertę z błędną stawką podatku VAT w wysokości 23%, a w konsekwencji, że oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny i polega odrzuceniu. Zdaniem Izby decyzja w tym przedmiocie została przez Zamawiającego szczegółowo umotywowana w piśmie z dnia 20 marca 2020 r. w którym Zamawiający wskazuje, że taka decyzja została podjęta po wyjaśnieniach wykonawcy, który w tym postępowaniu - stosując dotychczas stawkę podatku VAT dla tożsamych zamówień u tego samego Zamawiającego w wysokości 8 %, (co w toku rozprawy zostało wykazane) zastosował stawkę 23 % uzasadniając to w szczególności indywidualną interpretację podatkową nr 0111-KDIB3-1.4012.598.2018.4.1CZ, wydaną przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej, która (tak jak uznał Zamawiający) nie mogła stanowić samodzielnej przesłanki, ponieważ nie dotyczyła tego przedmiotu zamówienia. Tak jak zaznaczono w tym dokumencie, indywidualną interpretację wydaje się dla konkretnego przedmiotu zamówienia, a w przypadku kiedy dochodzi do zmiany któregokolwiek z jego elementów interpretacja traci ważność, (cyt. "Interpretacja indywidualna wywołuje skutki prawnopodatkowe tylko wtedy, gdy rzeczywisty stan faktyczny sprawy będącej przedmiotem interpretacji pokrywał się będzie ze stanem faktycznym (opisem zdarzenia przyszłego) podanym przez Wnioskodawcę w złożonym wniosku. W związku z powyższym, w przypadku zmiany któregokolwiek elementu przedstawionego we wniosku opisu sprawy, udzielona odpowiedź traci swoją aktualność."). W tym przypadku Zamawiający zauważył, że (...) przywołana interpretacja dotyczy innego opisu. Obecny przedmiot nie obejmuje już "mycia ścian tunelu". Dodatkowo powoływanie się przez Wykonawcę na kompleksowość przedmiotowego zamówienia jako składającego się z różnego rodzaju robót w tym np. osobnej usługi transportu, również jest bezzasadna. Sam Wykonawca powołuje się w swoich wyjaśnieniach na wyroki TSUE i komentarz mówiący, iż dla oceny, czy w danej, konkretnej sprawie mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym ocena dokonywana powinna być z punktu widzenia nabywcy tej usługi, tj. Zamawiającego; zatem charakter danego świadczenia należy oceniać biorąc pod uwagę punkt widzenia nabywcy oraz Reasumując powyższe, argumenty użyte przez Wykonawcę, aby przedmiot zamówienia kwalifikował się do kategorii PKWiU z 23% - ą stawką podatku VAT nie ma uzasadnienia. Oceniając oferty z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, Zamawiający jest w obowiązku odrzucić ofertę Wykonawcy Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR K. M. z siedzibą w Stanicy jako zawierającą błąd w obliczeniu ceny".

Kwestionowana przez Odwołującego decyzja została podjęta także w kontekście wyjaśnień jakie złożył drugi wykonawca J. W. Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych z Bytomia, który z kolei wskazał na w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień (pismo z dnia 15.01.20 r.), że stawka podatku VAT w wysokości 8% za oferowane usługi (...) została określona na podstawie obowiązujących przepisów, które stosuje się do celów opodatkowania

tj. PKWiU 2008. Zgodnie z powyższym podajemy poniżej zastosowane przez nas pozycje PKWiU:

- 81.29.12.0 — Usługi zamiatania śmieci i usuwania śniegu — stawka 8% (podstawa prawna: poz. 174 załącznik nr 3 do ustawy o Podatku od Towarów i Usług (...)

- 81.30.10.0 — Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni — stawka 8% (podstawa prawna: poz. 176 załącznik nr 3 do ustawy o Podatku od Towarów i Usług (...). Wyjaśnienia tego wykonawcy korelowały z dotychczasowymi umowami zawartymi przez tego Zamawiającego (jak i innymi zamawiającymi, co wynikało z umów przedkładanych

wskazanymi na rozprawie), których wynagrodzenie było rozliczanie na podstawie faktur w których uwzględniano stawkę podatku VAT w wysokości 8 %.

Niewątpliwie w przedmiocie tego zamówienia nie może być aktualnie pomijana powołana

przez Odwołującego interpretacja podatkowa z 24 kwietnia 2020 r., jednakże zdaniem Izby - w związku z dyrektywą z art. 192 ust.2 Pzp w zakresie tego rozstrzygnięcia czyni ten dowód bezprzedmiotowym dla rozstrzygnięcia zarzutu w zakresie tego odwołania. Izba jednocześnie (z uwagi na zarzuty kierowane do tej interpretacji przez Zamawiającego i Przystępującego) w tym miejscu podkreśla, że nie jest organem właściwym do rozstrzygania o poprawności takiej interpretacji. Takim uprawnionym organem jest sąd administracyjny, który w trybie skargi może dokonywać oceny, czy organ dokonujący interpretacji dopuścił się błędnej wykładni lub niewłaściwej oceny co do zastosowania przepisu prawa materialnego.

W odniesieniu do podnoszonego zarzutu naruszenia art. 24 ust.1 pkt 16 i 17 i ewentualnego zarzutu braku zastosowania procedury z art. 26 ust.3 ustawy Pzp należało, zdaniem Izby, uznać, że Odwołujący wnosząc odwołanie pominął wezwanie z dnia 3 marca 2020 r., które to wezwanie zostało skierowane do wykonawcy na podstawie art. 26 ust.4 Pzp do złożenia wyjaśnień odnośnie Wykazu usług z uwagi nieprecyzyjne określenie powierzchni na której były wykonywane referencyjne prace m.in. z uwagi na użyte określenia „powyżej" i „około", a w dokumentach referencyjnych w miejsce metrów kwadratowych (m2) podano metry bieżące (mb). Wykonawca w piśmie z dnia 5 marca 2020 r. odniósł się do tego wezwania w konsekwencji podając powierzchnie z których każda (według tych wyjaśnień) samodzielnie dla zadania 1 przewyższa wymagane warunkiem wielkości z rozdziału 8 pkt 3 SIWZ. Izba także w odniesieniu do usługi referencyjnej z pozycji 1 Wykazu zwraca uwagę, że wątpliwości, co do tej usługi były wyjaśniane przez Zamawiającego. M.in. należy wskazać na stanowisko wyrażone w piśmie z dnia 7.02.20 r. nabywcy usługi (Miejski Zarząd Zieleni i Gospodarki Komunalnej w Bytomiu), która stwierdza, że: „Z uwagi na okres na jaki umowa była zawarta, na okres ok. 3 lat, oraz jej bardzo duży zakres nie da się jednoznacznie stwierdzić, czy umowa została należycie zrealizowana. Dodatkowo należy mieć na uwadze, że przedmiotem umowy było świadczenie usług, a nie wykonanie jakiegoś dzieła, które można byłoby ocenić pod kątem należytego wykonania. Część zadań była wykonana prawidłowo, jednakże co do części były zastrzeżenia i w związku z tym zostały naliczone kary umowne za nieprawidłowe wykonanie umowy w określonej części czy za poszczególne zlecenia". Nabywca usługi jednocześnie, co do kar przyznaje, że „Aktualnie Wykonawca dochodzi przed Sądem zwrotu kar umownych uznając, że zostały one nałożone niezasadnie" dodając, że: „4.W trakcie realizacji umowy nie wystąpiły szkody. Kary umowne zostały naliczone z uwagi na niewykonanie lub niewłaściwe wykonanie prac objętych umową". Nie jest zatem bezsporne, że wykonawca powołując się na zadania z tej umowy powinien być ukarany w tym postępowaniu sankcją wykluczenia z postępowania ze względu na przesłankę z art. 24 ust.1 pkt 17 ustawy Pzp. W konsekwencji wskazane ustalenia nie pozwalają zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że Zamawiający uznając - w okolicznościach faktycznych podniesionych w odwołaniu - ofertę wykonawcy J. W. Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych z Bytomia za najkorzystniejszą naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy uwzględniając także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972).