Sygn. akt: KIO 1265/24

WYROK

Warszawa, dnia 6 maja 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2024 roku przez *wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie S&A Service spóka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu oraz Delta Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu*
w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego *Akademia Wojsk Lądowych im. Gen. Tadeusza Kościuszki we Wrocławiu*
przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie *„ABC-Service" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedziba we Wrocławiu oraz „ABC-Service" R. Brząkała, R. Gawron, M. Nazaruk spółka jawna z siedzibą we Wrocławiu*

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża *wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie S&A Service spóka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu oraz Delta Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu* :
   - *2.1* zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez *wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie S&A Service spóka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu oraz Delta Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu* tytułem wpisu od odwołania,
   - kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez *wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie S&A Service spóka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu oraz Delta Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu* tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
   - kwotę 196 zł 00 gr (słownie: sto dziewięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) poniesioną przez *wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie S&A Service spóka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu oraz Delta Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu* tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę,
   - kwotę 288 zł 00 gr (słownie: dwieście osiemdziesiąt osiem złotych zero groszy) poniesioną przez *wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie S&A Service spóka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu oraz Delta Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu* tytułem kosztów noclegu.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 1265/24

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający – *Akademia Wojsk Lądowych im. Gen. Tadeusza Kościuszki we Wrocławiu* prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pod nazwą ***Usługa kompleksowego sprzątania i utrzymania czystości na terenie Akademii Wojsk Lądowych we Wrocławiu.***

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 230-724468.

W dniu 15 kwietnia 2024 roku Odwołujący działając na podstawie na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023r. poz. 1605 ze zm.; dalej: ustawa / ustawa Pzp) wniósł odwołanie wobec dokonanej przez Zamawiającego w dniu 05 kwietnia 2024 r., czynności unieważnienia postępowania wobec odrzucenia wszystkich ofert w tym nieuprawnionego odrzucenia oferty Konsorcjum S&A Service

Sp. z o.o. oraz Delta Partner Sp. z o.o..

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)naruszenie przepisów ustawy Pzp tj. *art. 226 ust 1 pkt. 10* przez niezasadne odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum S&A Service Sp. z o.o. i Delta Partner Sp. z o.o., z uwagi na rzekome nieprawidłowości rachunkowe w ofercie, dotyczących nieprawidłowego wyliczenia stawki VAT dla czynności:

a) Całoroczne utrzymanie w stałej czystości pylonów informacyjnych

b) Jednorazowe umycie pomnika wraz z jego elementami składowymi

c) Jednorazowa impregnacja elementów składowych pomnika preparatem konserwującym przeznaczonym do granitu (zaleconym w dokumentacji powykonawczej)

d) Jednorazowe umycie znaku informacyjnego wraz z jego elementami składowymi.

podczas gdy oferta Odwołujących nie zawierała błędów w obliczeniu ceny lub kosztu, w tym uwzględniała prawidłową stawkę podatku od towarów i usług (VAT).

2)Naruszenie przepisów ustawy Pzp tj. *art. 226 ust. 1 pkt. 5* przez odrzucenie oferty

w oparciu o ocenę dokonaną względem treści dokumentu, który nie stanowił dokumentacji zamówienia.

3)Naruszenia przepisów ustawy tj. *art. 18 ust. 3* w związku z *art. 16* przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wobec uznania za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez Konsorcjum „ABC SERVICE" sp. z o.o. i ABC Service R. Brząkała, R Gawron, M. Nazaruk, sp. j. oraz Konsorcjum DGP Clean Partner Sp. z o.o. i CTG sp. z o.o., &MG Sp. z o.o.

4)Naruszenie przepisów ustawy Pzp tj. art. 99 ust 1 z uwagi na niejednoznaczny, nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, z którego nie wynikało jednoznacznie jaka stawka VAT powinna być zastosowana do poszczególnych elementów zamówienia, które to naruszenie doprowadziło do powstania wady postępowania

w postaci nieporównywalności złożonych ofert, a w konsekwencji nieważności postępowania na podstawie art. 225 pkt. 2 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazania Zamawiającemu:

-Unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum S&A Service Sp. z o.o. oraz Delta Partner Sp. z o.o.

-Dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołujących, jako jedynej oferty spełniającej wszystkie warunki udziału w postępowaniu.

a w przypadku, gdyby Izba uznała, że brak jest możliwości wyboru oferty Odwołujących z powodu zastosowania nieadekwatnej stawki VAT

-Unieważnienie postępowania w sprawie zamówienia publicznego z powodu nieusuwalnej wady, obejmującej niejednoznaczne sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia, dającego pole do różnej interpretacji zakresu zobowiązań wykonawcy powiązanych z wykonanie umowy i powodujące brak jasnych reguł obliczania ceny,

-Uzupełnienia braków formalnych Konsorcjum „ABC SERVICE" sp. z o.o. i ABC Service R. Brząkała, R. Gawron, M Nazaruk, sp. j. oraz Konsorcjum DGP Clean Partner Sp. z o.o. i CTG sp. z o.o., &MG Sp. z o.o. poprzez uzasadnienie utajnienia danych lub odtajnienie uzasadnienia.

-Zwrotu na rzecz Odwołujących kwoty stanowiącej uzasadnione koszty poniesione przez Odwołujących z tytułu wpisu od niniejszego odwołania.

Odwołujący podał, że posiada interes prawny w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy we wniesieniu odwołania, ponieważ prowadzą działalność w zakresie kompleksowych usług sprzątania i utrzymywania czystości i złożył ważną ofertę w postępowaniu, która spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu. Czynności Zamawiającego podjęte w toku postępowania z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, uniemożliwiają Odwołującym uzyskanie tego zamówienia co oznacza, że Odwołujący w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może ponieść szkodę.

<u>W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:</u>

Zamawiający prowadził postepowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę kompleksowego sprzątania i utrzymania czystości na terenie Akademii Wojsk Lądowych we Wrocławiu, nr sprawy WNP/880/PN/2023.

1Informacją z dnia 05 kwietnia 2024 r., Zamawiający poinformował Wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie *art. 225 pkt 2 ustawy Pzp.* Odwołujący podał, że czynność ta została dokonana z rażącym naruszeniem przepisów ustawy prawo zamówień publicznych.

Wszyscy Wykonawcy poza Konsorcjum „ABC SERVICE" sp. z o.o. i ABC Service R. Brząkała, R. Gawron, M. Nazaruk sp. j. interpretowali zakres i zestawienie w formularzu ilościowo-wartościowym w ten sam sposób, tj. jako składowe

ogólnej usługi utrzymanie czystości na terenach utwardzonych i terenach zielonych, a nie samodzielne usługi.
W związku z powyższym Wykonawcy – poza wyżej wskazanym konsorcjum – zastosowali stawkę podatku VAT w wysokości 8%.
W związku z tym, iż Zamawiający powziął wątpliwości co do właściwej stawki VAT, wezwał
w dniu 9 lutego 2024 r. Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, które to wyjaśnienia w dniu
15 lutego 2024 roku, Wykonawca przedstawił.
Mając na uwadze Opisu Przedmiotu Zamówienia odwołujący podał, że:
1. Na stronie 9, w sekcji II. SPRZĄTANIE TERENÓW ZIELONYCH, wskazane są czynność składowe zamówienia,
2. Na stronie 16, w sekcji II UTRZYMANIE CZYSTOŚCI NA TERENACH UTWARDZONYCH I TERENACH ZIELO TABELA „A" wyszczególnione zostało *Całoroczne utrzymanie w stałej czystości pylonów informacyjnych* w ilości 24 w okresie obowiązywania umowy.
3. Na stronie 17 w sekcji II UTRZYMANIE CZYSTOŚCI NA TERENACH UTWARDZONYCH I TERENACH ZIELO TABELA „B" wyszczególnione zostały prace jednorazowe zlecane przez Zamawiającego, tj.*Jednorazowa impregnacja elementów składowych pomnika preparatem konserwującym przeznaczonym do granitu* w ilości 2 w okresie obowiązywania umowy*, Jednorazowe umycie znaku informacyjnego wraz z jego elementami składowymi* w ilości 100 w okresie obowiązywania umowy*, Jednorazowe umycie pomnika wraz z jego elementami składowymi* w ilości 2 w okresie obowiązywania umowy.
4. Na stronie 18 rozpoczyna się sekcja ZAMÓWIENIA OPCJONALNE
W ocenie Odwołującego powyższe jednoznacznie wskazuje, iż sporne czynności, są częścią składową sekcji II. SPRZĄTANIE TERENÓW ZIELONYCH, pomimo ich jednorazowego wykonania.
Odwołujący podał, że jednorazowe wykonanie nie oznacza że jest to praca dodatkowa a nie składowa prac wymaganych w ramach utrzymania terenów zewnętrznych. Inne prace również są realizowane z różną częstotliwością w zależności od potrzeb (np. odśnieżanie).
Z jednej strony, usługa nazwana jest jednorazową, ale w Opisie Przedmiotu Zamówienia
i pod formularzem wyceny, Zamawiający wskazuje, iż jest to usługa realizowana min. 1 raz
w roku albo częściej, każdorazowo na życzenie Zamawiającego.
Wskazane przez Zamawiającego rzekome nieprawidłowe zastosowanie VAT dla wymienionych czynności, tj:
a) Całoroczne utrzymanie w stałej czystości pylonów informacyjnych
b) Jednorazowe umycie pomnika wraz z jego elementami składowymi
c) Jednorazowa impregnacja elementów składowych pomnika preparatem konserwującym przeznaczonym do granitu (zaleconym w dokumentacji powykonawczej)
d) Jednorazowe umycie znaku informacyjnego wraz z jego elementami składowymi.
wynikają z Wiążącej Informacji Stawkowej z wniosku Konsorcjum „ABC SERVICE" sp. z o.o.
i ABC Service R. Brząkała, R. Gawron, M. Nazaruk, sp. j. (która notabene nie stanowiła dokumentacji przetargowej jak również wiąże organy podatkowe wobec podmiotu,
dla którego została wydana).
Odwołujący podał, że – jak wynika z pozostałych złożonych ofert – tylko jeden Wykonawca zastosował stawkę VAT w wysokości 23%. Pozostali oferenci, w tym Odwołujący, potraktowali wyżej wskazane czynności jako składowe kompleksowej usługi utrzymania czystości terenów zewnętrznych, które jako takie opodatkowane są 8% stawką VAT.
Zgodnie z dokumentacją przetargową niniejsze usługi są składowymi stałego utrzymania czystości, które zgodnie z umową podlegają miesięcznym rozliczeniom na podstawie faktury za prace wykonywane w ramach danego miesiąca (np. w zimowych odśnieżanie, w letnich koszenie, mycie pomnika itp.). Dodatkowo rozliczane mają być usługi dodatkowe, które
w ocenie Wykonawcy stanowią opcje nr 1, 2, 3. Tak też Odwołujący zinterpretował informacje z Opisu Przedmiotu Zamówienia (z dokumentacji przedstawionej przez Zamawiającego nie wynikało jasno, iż należy traktować te usługi jako samodzielne).
Jeżeli nie są to prace dodatkowe (a w ocenie większości oferentów nie były tak odczytywane na podstawie dokumentacji przetargowej) par. 3 ust. 3 umowy nie odnosi się *stricte*
do spornych usług.
W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, żę zgodnie
z postanowieniami Opisu Przedmiotu Zamówienia oraz warunkami płatności wynagrodzenia określonymi w par. 3 ust. 3 umowy, Wynagrodzenie za **pozostałe prace dodatkowe** będzie płatne jednorazowo po należytym wykonaniu po zakończeniu miesiąca, w którym były wykonywane. Zamawiający o pracach dodatkowych wspomina tylko dwukrotnie jako:
- mycie okien i ram okiennych, parapetów oraz stolarki drzwiowej (punkt 1.4, strona 8 Opisu Przedmiotu Zamówienia)

oraz
- w przypadku wystąpienia nadmiernego wzrostu trawy wskutek nieprzewidzianych warunków atmosferycznych dopuszczalne jest dodatkowe koszenie trawy, jednakże nie częściej niż 2 x w miesiącu (punkt 2.2, strona 11 Opisu Przedmiotu Zamówienia).
Odwołujący uznał sporne czynności za część składową usługi kompleksowego sprzątania
i utrzymania w czystości terenów zewnętrznych a nie jako prace dodatkowe – jakby
to widział Zamawiający – w związku z czym zastosowanie ma par. 3 ust. 2 umowy.
Wykonawca nie przewiduje osobnego zatrudnienia do realizacji czynności spornych usług, gdyż będą one składową zakresu czynności pracowników zatrudnionych na umowę o pracę utrzymujących teren zewnętrzny Akademii Wojsk Lądowych.
Usługa kompleksowego sprzątania i utrzymania czystości na terenie Akademii Wojska Lądowych jest świadczeniem kompleksowym, na co wskazuje pierwsze zdanie Opisu Przedmiotu Zamówienia. Na świadczenie kompleksowe składa się więc kombinacja różnych czynności, prowadzących do realizacji określonego celu, na które składają się różne czynności pomocnicze. Czynność należy uznać za pomocniczą, jeśli nie stanowi ona celu samego w sobie, lecz jest środkiem do pełnego zrealizowania lub wykorzystania świadczenia zasadniczego. Pojedyncza czynność traktowana jest zatem jako element świadczenia kompleksowego, dlatego czynności wskazane w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołujących przez Zamawiającego uznać należy jako czynności pomocnicze
do zrealizowania świadczenia zasadniczego jako utrzymanie terenu zewnętrznego. Takie stanowisko Odwołujących koresponduje z Opisem Przedmiotu Zamówienia, gdzie Zamawiający w całym dokumencie odnosi się niejako do podziału usług na główne sekcje
z wymienionymi czynnościami, które należy wykonać w ramach danej sekcji.
W ocenie Odwołujących się, wszystkie czynności wymienione w sekcjach głównych, podpunktach do tych sekcji oraz tabelach wskazujących częstotliwość wykonywanych czynności składają się na świadczenie główne tj. sprzątnie powierzchni wewnętrznych
lub zewnętrznych Akademii Wojsk Lądowych. Co więcej, wskazywane przez Zamawiającego czynności, które w ocenie Zamawiającego miałyby być dodatkowymi, są wymienione
w uwagach Opisu Przedmiotu Zamówienia – *Uwagi – tereny zewnętrzne* na stronie 19.
Odwołujący powołał stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku
z dnia 25 lutego 1999 r., nr C-349/96 stwierdzając, że: *Pojedyncze świadczenie ma miejsce zwłaszcza wtedy, gdy jedną lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas gdy inny lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania, co do usługi zasadniczej. Usługę należy uznać*
za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeśli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej.
Przekładając powyższe na grunt niniejszej sprawy rzekomego błędnego określenia przez Odwołującego spornych prac jako składowych kompleksowej usługi, Zamawiający
nie przedstawił wiarygodnego dowodu na potwierdzenie tezy wykazanej w treści uzasadnienia odrzucenia, jak również w sposób nieuprawniony dąży do zmiany sporządzonej przez siebie dokumentacji przetargowej.
Odwołujący wskazują również, iż na stronie 18 Opisu Przedmiotu Zamówienia, znajduje się sekcja ZAMÓWIENIA OPCJONALNE. W ocenie Odwołujących nie ma podstaw aby inne usługi niż wskazane jako ZAMÓWIEN OPCJONALNE traktować jako dodatkowe
i rozliczać na podstawie § 3 ust. 3. *Wynagrodzenie za pozostałe prace dodatkowe określone w formularzu ofertowym będzie płatne jednorazowo po ich należytym wykonaniu*
po zakończeniu miesiąca, w którym były wykonywane, w terminie 30 dni od daty otrzymania przez Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury VAT wraz z protokołem oceny jakości wykonania usługi, na rachunek bankowy wskazany na fakturze.
Zdaniem Odwołującego sporne usługi jako składowe usługi podstawowej jaką jest utrzymanie czystości terenów zewnętrznych rozliczane winny być zgodnie z § 3 ust. 2
z uwzględnieniem § 3 ust. 7 *Należne wynagrodzenie za prace, o którym mowa w § 3 ust. 1, będzie naliczane za faktycznie wykonane prace określone dla danego okresu (letniego lub zimowego) w zależności od aktualnych warunków atmosferycznych z uwzględnieniem cen jednostkowych przypisanych dla danego okresu.* Nie może być żadnych wątpliwości,
że prace dodatkowe, nie mogą być tożsame z pracami jednorazowymi zleconymi przez Zamawiającego. Odwołujący podał, że prace jednorazowe muszą zostać wykonane, natomiast prace dodatkowe mogą zostać wykonane o ile będzie taka potrzeba. Zdaje się,

że Zamawiający nie dostrzega tej subtelnej różnicy, co doprowadziło do nadinterpretacji i odrzucenia oferty Odwołujących.

Odwołujący podał za wyrokiem Izby: Jeżeli SWZ są niejednoznaczne i dopuszczalna jest szersza interpretacja, to wszelkie niejasności w treści dokumentacji sporządzonej przez zamawiającego należy tłumaczyć na korzyść wykonawców (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 14 września 2022 r.; sygn. akt KIO 2249/22, KIO 2250/22).

Odwołujący podał, że odrzucenie ich oferty nastąpiło w oparciu o ocenę dokonaną względem treści dokumentu, który nie stanowił dokumentacji zamówienia. Wiążąca informacja stawkowa jest wydawane na podstawie danych dostarczonych przez wnioskodawcę. Odwołujący jak również pozostali Wykonawcy nie zgadzają się z przedstawioną przez wnioskodawcę, tj. Konsorcjum „ABC SERVICE" sp. z o.o. i ABC Service R. Brząkała, R. Gawron M. Nazaruk, sp. j. interpretacją prac jednorazowych. Według Odwołujących są to składowe usług podstawowych w ramach całej usługi utrzymania terenów zewnętrznych.

Zamawiający nie wskazał żadnego uzasadnienia prawnego lub faktycznego zastosowania błędnego podatku VAT, a jedynie oparł się na Wiążącej informacji stawkowej wydanej dla innego podmiotu na podstawie błędnych danych wyjściowych a mianowicie wydanej dla usługi mycia pomnika. Należy zwrócić uwagę na fakt, iż Zamawiający zinterpretował wiążącą informację stawkową rozszerzająco, bowiem opinia tyczy się jedynie jednorazowego mycia pomnika, natomiast w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołujących, Zamawiający wskazuje powyższe jako podstawę do odrzucenia oferty na 4 czynności.

Nie bez znaczenia jest też fakt, że z dokumentacji przetargowej nie wynika jednoznacznie, że akurat te usługi będą rozliczane z par. 3 ust. 3 umowy, jak teraz twierdzi Zamawiający, więc nie mogą działać teraz na niekorzyść oferenta. To Zamawiający jest odpowiedziany zgodnie z *art. 29 ust. 1 ustawy Pzp*, do opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Końcowo należy wskazać, iż w umowie nie ma wyszczególnionych prac, za które wykonawca ma wskazać osobne ceny i osobne stawki VAT. Zgodnie z par. 3 ust. 1 umowy Zamawiający wypłaci Wykonawcy łączne wynagrodzenie zgodnie ze szczegółowym zestawieniem ilościowo-wartościowym stanowiącym zał. nr 2 do umowy, gdzie zgodnie z par. 3 ust. 2 wynagrodzenie za prace, o których mowa w par. 1 ust. 1 będą płatne miesięcznie, po zakończeniu każdego miesiąca i wykonaniu prac przewidzianych w tym miesiącu. Zgodnie z par. 3 ust. 3 prace dodatkowe będą płatne według określonych tam zasad. Odwołujący podał, że wycenić należało jednostkową usługę przy przewidywanej ilości w okresie trwania umowy, co Odwołujący zrobili. Szczegółowa kalkulacja składowych cen usługi dotyczyła wszystkich czynności realizowanych w ramach przedmiotu zamówienia – różne usługi są realizowane z różną częstotliwością, a Zamawiający rozlicza się miesięcznie za usługi wykonane w danym miesiącu

Odnosząc się do zarzutu w punkcie 3 *petitum* wyjaśnić należy, że co do zasady *art. 18 ustawy Pzp* konstytuuje zasadę jawności postępowania, która implikuje pełną transparentność dla wszystkich uczestników postępowania, a co najważniejsze wzajemną, uczciwą konkurencję pomiędzy oferentami i wykonawcami. W oczywisty sposób wyjątkiem od tej zasady jest zachowanie ochrony prawnej informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, tj. *art. 18 ust. 3 Pzp.* W postępowaniu zastrzeżenie budzi zakres i uzasadnienie objęcia przez Konsorcjum „ABC SERVICE" sp. z o.o. i ABC Service R. Brząkała, R. Gawron, M. Nazarul sp. j. oraz Konsorcjum DGP Clean Partner Sp. z o.o. i CTG sp. z o.o., &MG Sp. z o.o. danych opisanych w punkcie 10 SIWZ poufnością wynikającą z tajemnicy przedsiębiorstwa.

Legalna definicja tajemnicy przedsiębiorstwa, została określona w *art. 11 ust. 4 ZNKU*, który stanowi, że przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, handlowe lub organizacyjne przedsiębiorstwa bądź też inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Warunkiem ograniczenia dostępu do tych informacji jest jednak odpowiednie zachowanie wykonawcy. Wykonawca musi bowiem zastrzec, że informacje te nie mogą być udostępniane oraz musi wykazać za pomocą dowolnych środków, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a więc spełniają przesłanki określone w *art. 11 ZNKU*(*art. 18 ust. 3 Pzp*). Wykonawca nie może poprzestać na samym stwierdzeniu, że określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, ale musi "wykazać", że taką informację rzeczywiście stanowią (uchw. KIO z 30.10.2018 r., KIO/KU 39/18, Legalis).

W tym zakresie podkreślić należy, że zastrzeżone informacje objęte wymogami SIWZ w ramach punktu 10 noszą znamiona jawnych, a nawet dostępnych w obrocie internetowym lub dotyczą wiedzy powszechnie znanej w branży. Konsekwencją nieprawidłowego zastrzeżenia przez wykonawcę jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, które jej nie stanowią, będzie, zdaniem Sądu Najwyższego, ujawnienie ich przez zamawiającego (uchw. SN z 21.10.2005 r., III CZP 74/05, Biul. SN 2005, Nr 10, poz. 7) (vide Komentarz do Prawa Zamówień Publicznych pod red. M. Sieradzkiej, Legalis, uwagi do *art. 18 Pzp*).

Odnosząc się z kolei do ostatniego zarzutu *petitum,* Odwołujący wskazuje,

że zgodnie z *art. 99 ust. 1 Pzp,* przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny
i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zatem
to na Zamawiającym jako gospodarzu postępowania ciąży obowiązek opracowania dokumentacji postępowania w sposób jak najbardziej precyzyjny. *A contrario* uchybienia zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia nie mogą być intepretowane
na niekorzyść wykonawców. Oznacza to, iż wskazanie rzekomo błędnej stawki VAT
nie może prowadzić do negatywnych konsekwencji dla wykonawcy ubiegającego się o dane zamówienie. Tym bardziej nie może prowadzić do automatycznego odrzucenia oferty takiego Wykonawcy, jak to uczynił Zamawiający. Zatem wszelkie wątpliwości co do jednoznaczności postanowień dokumentacji postępowania, w oparciu o którą wykonawcy składają oferty, muszą być one rozstrzygane na korzyść wykonawcy.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 poz. 1605 ze zm.; dalej „ustawa", „Pzp") skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 15 kwietnia 2024 roku od czynności Zamawiającego z dnia 5 kwietnia 2024 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu,
co wynika z akt sprawy odwoławczej.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku
w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię dokumentacji,
o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła i zważyła w zakresie zarzutów odwołania:

Izba na wstępie wskazuję, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:
- art. 16 pkt 1 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie
o udzielenie zamówienia w sposób:
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty,
3) proporcjonalny.
- art. 18 ust. 1 ustawy - Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
- art. 18 ust. 2 ustawy - Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych
z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
- art. 18 ust. 3 ustawy - Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r.), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji,
o których mowa w .
- art. 99 ust. 1 ustawy – Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny
i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.
- art. 226 ust. 1 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…)
5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.
(…)
10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;
- art. 255 pkt 2 ustawy – Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:
wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu;

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. z dnia 13 maja 2022 r. :
- art. 11 ust. 2 - Przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym

zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Izba w zakresie rozpoznania zarzutów odwołania na wstępie wskazuje, że Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie zarzutów odwołania, co jednoznacznie wynika z treści art. 555 ustawy. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przed odniesieniem się do poszczególnych wskazanych w uzasadnieniu odwołania okoliczności mających uzasadniać podniesione zarzuty odwołania Izba wyjaśnia
i podkreśla, że w postępowaniu odwoławczym Izba dokonuje oceny czynności podjętej przez Zamawiającego, w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a które w zarzucie podnosi Odwołujący.
Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez Zamawiającego
jest postępowaniem kreowanym w oparciu o regulacje prawne obowiązujące Zamawiającego. Oznacza to, że ocenie w zakresie zarzutów odwołania podlegają
te czynności Zamawiającego podjęte w określonym stanie faktycznym, który wynika
z akt sprawy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiących akta postępowania odwoławczego. Nadmienić należy również, że postępowanie odwoławcze przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, czyli spornym, a spór prowadzą strony postępowania odwoławczego przy udziale uczestnika tego postępowania.

W zakresie zarzutu 1 i 2 odwołania tj.
(1) naruszenia art. 226 ust 1 pkt. 10 ustawy przez niezasadne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego z uwagi na rzekome nieprawidłowości rachunkowe w ofercie, dotyczących nieprawidłowego wyliczenia stawki VAT dla czynności:
a) Całoroczne utrzymanie w stałej czystości pylonów informacyjnych
b) Jednorazowe umycie pomnika wraz z jego elementami składowymi
c) Jednorazowa impregnacja elementów składowych pomnika preparatem konserwującym przeznaczonym do granitu (zaleconym w dokumentacji powykonawczej)
d) Jednorazowe umycie znaku informacyjnego wraz z jego elementami składowymi.
podczas gdy oferta Odwołujących nie zawierała błędów w obliczeniu ceny lub kosztu, w tym uwzględniała prawidłową stawkę podatku od towarów i usług (VAT),
(2) naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy przez odrzucenie oferty w oparciu o ocenę dokonaną względem treści dokumentu, który nie stanowił dokumentacji zamówienia
– Izba zarzuty (zarzut 1 i 2) uznała za niezasadne.

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.
Izba ustaliła, że pismem z dnia 5 kwietnia 2024 roku Zamawiający poinformował:
Zamawiający, działając na podstawie art. 260 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. - dalej: ustawa Pzp), informuje, że unieważnia postępowanie na podstawie art. 255 pkt.2) ustawy PZP.
Uzasadnienie:
Wszystkie złożone w postępowaniu oferty ***zostały odrzucone.***
(…)
8. *Konsorcjum: S&A Service Sp. z o.o. ul. Głubczycka 8 52-026 Wrocław i Delta Partner Sp. z o.o. ul. Tyniecka 7, 52-407 Wrocław- Wykonawca nie prawidłowo sklasyfikował stawkę podatku VAT w wysokości 8% dla czynności:*
a) Całoroczne utrzymanie w stałej czystości pylonów informacyjnych
b) Jednorazowe umycie pomnika wraz z jego elementami składowymi
c) Jednorazowa impregnacja elementów składowych pomnika preparatem konserwującym przeznaczonym do granitu (zalecanym w dokumentacji powykonawczej),
d) Jednorazowe umycie znaku informacyjnego wraz z jego elementami składowymi.
Uzasadnienie:
Zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawca złożonymi Zamawiającemu potraktował on czynności jako składowe kompleksowej usługi utrzymania terenów zewnętrznych, gdyż są one składowymi stałego podstawowego utrzymania czystości terenów zewnętrznych, które zgodnie z umową podlegają miesięcznym rozliczeniom.
Zgodnie z zapisami OPZ oraz warunkami płatności wynagrodzenia wykonawca określonymi w par. 3 ust. 3 umowy Wynagrodzenie za pozostałe prace dodatkowe będzie płatne jednorazowo po ich należytym wykonaniu po zakończeniu miesiąca, w którym były wykonywane.
Wykonawca nieprawidłowo sklasyfikował określone w punktach a)-d) czynności dla potrzeb podatkowych zgodnie z

PKWiU). Zgodnie z zapisami OPZ czynności te widnieją jako jednorazowe czynności (prace) zlecane przez Zamawiającego-zgodnie z par. 3 ust. 3 projektowanych postanowień umowy i rozliczane będą na podstawie osobnych faktur.

Czynności te należy sklasyfikować zgodnie z kategorią 81.29.19 - Pozostałe usługi sprzątania i czyszczenia, gdzie indziej niesklasyfikowane i zastosować do wyliczenia ceny stawkę podatku 23 %. Potwierdza to także Wiążąca Informacja Skarbowa (w załączeniu) wydania dla bardzo podobnego stanu prawnego, że czynności wskazane w ppunkcie a)-d) zaliczone są do PKWiU 81.29.19.0.

Ofertę Wykonawcy zawierającą błąd w obliczeniu ceny Zamawiający zobowiązany jest odrzucić. Zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny. W świetle orzecznictwa KIO, sądów okręgowych, Sądu Najwyższego – za błąd w obliczeniu ceny należy uznać wadliwy dobór przez Wykonawcę elementów mających wpływ na właściwe obliczenie ceny oferty, w tym przyjęcie i zastosowanie przez wykonawcę wadliwej stawki podatku VAT, w przypadku gdy Zamawiający nie określił stawki tego podatku w SWZ. Wskazanie przez Wykonawcę Zamawiającemu nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi podstawę do odrzucenia oferty.

Stanowisko takie znajduje potwierdzenie w orzecznictwie sądów powszechnych, w tym Sądu Najwyższego, który w uchwale Izby Cywilnej z dnia 30.10.2011 r., sygn. akt III CZP 52/11 stwierdził, że: „określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.)".

Tym samym treść oferty Wykonawcy nie odpowiada warunkom zamówienia i ofertę należy odrzucić na podstawie wskazanej powyżej.

Pismem z dnia 9 lutego 2024 roku Zamawiający wezwał Odwołującego:

Zamawiający, Akademia Wojsk Lądowych imienia generała Tadeusza Kościuszki we Wrocławiu, działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. 2023 r. poz. 1605 z póź. zmianami) ustawy Pzp wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień:

1) w zakresie zastosowania : różnych stawek podatku VAT dla czynności ODŚNIEŻANIA DACHÓW - dla punktu I (zamówienie podstawowe) stawka 8% a dla ZAMÓWIENIA OPCJONALNEGO - NR 2 ODŚNIEŻANIE DACHÓ zastosowano stawkę podatku VAT zw,

2) w zakresie stawek podatku VAT w wysokości 8% dla pozycji

a) Całoroczna utrzymanie w stałej czystości pylonów informacyjnych

b) Jednorazowe umycie pomnika wraz z jego elementami składowymi

c) Jednorazowa impregnacja elementów składowych pomnika preparatem konserwującym przeznaczonym do granitu (zalecanym w dokumentacji powykonawczej)

d) Jednorazowe umycie znaku informacyjnego wraz z jego elementami składowymi

- te czynności nie figurują w załączniku nr 3 do ustawy o VAT, a zgodnie z opiniami WIS na ww. czynności obowiązuje stawka 23%.

Zgodnie z opiniami WIS na ww. czynności –usługi obowiązuje stawka 23%. 2

3) zastosowania stawki podatku VAT – zw. dla ZAMÓWIEŃ OPCJONALNYCH 1 i 3 oraz dla zamówienia podstawowe -„TABELA B"

Pismem z dnia 15 lutego 2024 roku Odwołujący przedstawił następujące wyjaśnienia:

***W zakresie pkt 1) wezwania**: odśnieżanie dachów w zamówieniu opcjonalnym nr 2, gdzie zastosowano stawkę podatku VAT ,,zw" wynika z tego, że niniejsza usługa świadczona będzie przez konsorcjanta, tj. DELTA Partner Sp. z o.o., zaś Delta Partner Sp. z o.o. nie jest czynnym podatnikiem VAT, z uwagi na zwolnienie wynikające z art. 113 ust. 1 i 9 ustawy o VAT – informacja zawarta w załączniku nr 9 do SWZ. Wskazania wymaga, iż Wykonawca dokonał omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty w załączniku nr 9, gdzie wśród wskazanych czynności wykonywanych przez każdego z konsorcjantów omyłkowo nie zamieścił informacji, iż ww. spółka będzie realizować również odśnieżanie dachów w zamówieniu opcjonalnym nr 2. Z kolei pozostała część zamówienia opcjonalnego nr 2 realizowana będzie przez S&A Service Sp. z o.o. W ramach dalszych wyjaśnień, wskazuję, iż realizacja usługi odśnieżania dachów w ramach zamówienia podstawowego, gdzie zastosowano stawkę VAT 8%, realizowana jest przez S&A, która to spółka jest czynnym podatnikiem VAT.*

***W zakresie pkt 2 wezwania**: Wykonawca wskazuje, iż formularz ilościowo - wartościowy został podzielony w zakresie zamówienia podstawowego i zamówień opcjonalnych. W ramach zamówienia podstawowego podział jest na: I. Utrzymanie czystości pomieszczeń w budynkach (…) (Tabela „A" oraz Tabela „B"), II. Utrzymanie czystości na terenach utwardzonych i terenach zielonych (Tabela „A" oraz Tabela „B") i III. Odśnieżanie dachów. Ponadto formularz zawiera*

tabele dla zamówień opcjonalnych nr 1, 2 oraz 3.
Na wskazane przez Zamawiającego zapytanie o zastosowanie przez Konsorcjum stawek podatku VAT dla wymienionych tam czynności (od a do d) informujemy, że są one prawidłowe dla usług utrzymania porządku terenów zewnętrznych oraz konserwacji zieleni wg PKWIU 81.29.12, 81.29.13 oraz 81.30.
Jak wynika z pozostałych złożonych ofert, tylko jeden Wykonawca zastosował wskazaną przez Zamawiającego w piśmie z dnia 9 lutego 2024 r. stawkę 23% dla wymienionych powyżej usług. Pozostali oferenci najprawdopodobniej, w tym S&A Service Sp. z o.o. oraz DELTA Sp. z o.o., potraktowali niniejsze czynności jako składowe kompleksowej usługi utrzymania czystości terenów zewnętrznych, które jako takie opodatkowane są 8% stawką VAT. Zgodnie z dokumentacją przetargową niniejsze usługi są składowymi stałego podstawowego utrzymania czystości, które zgodnie z umową podlegają miesięcznym rozliczeniom na podstawie faktury za prace wykonywane w ramach danego miesiąca (codzienne usługi, ale i również np. zimowe odśnieżanie, koszenie, mycie pomnika itp.). Dodatkowo rozliczane mają być usługi dodatkowe, które w ocenie Wykonawcy stanowią opcje nr 1, 2, 3. Tak też Wykonawca zinterpretował informacje z OPZ (z dokumentacji przedstawionej przez Zamawiającego nie wynikało jasno, iż należy traktować te usługi jako usługi samodzielne). Mając powyższe na uwadze zastosowana przez Konsorcjum stawka VAT jest prawidłowa, a wskazane w piśmie przez Zamawiającego opinie WIS nie stanowiły dokumentacji przetargowej, ani też załącznika do wezwania, dlatego wykonawcy nie mieli powodu do innej interpretacji podatkowej, niż ta wskazana przez nas w niniejszych wyjaśnieniach, a więc potraktowania wskazanych usług jak kompleksowej, rutynowej usługi utrzymania terenów zewnętrznych.
***W odniesieniu do pkt. 3 wezwania** - wskazane tam usługi przy podatku VAT mają wyszczególnione "zw" z uwagi na ich realizację przez DELTA Partner Sp. z o.o. (która nie jest czynnym podatnikiem VAT, co zostało wskazane w załączniku nr 9 do SWZ).*
W tym miejscu Wykonawca wskazuje, iż w przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego istnienia dalszych omyłek pisarskich, rachunkowych lub innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty Wykonawca wyraża zgodę na poprawienie w ofercie stwierdzonej omyłki w trybie art. 223 ust. 2 ustawy PZP.

W Rozdziale 17 *Sposób obliczeni ceny* Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) podał Zamawiający:
1.SPOSÓB OBLICZANIA CENY
1) Wykonawca poda cenę ryczałtową. Cena oferty musi uwzględniać wszystkie zobowiązania wynikające z umowy, tj. wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz warunkami SWZ i uwzględniać cały zakres przedmiotu zamówienia (w tym podatki i narzuty). Cena oferty uwzględnia wszystkie zobowiązania, musi być podana w PLN cyfrowo i słownie, z wyodrębnieniem należnego podatku VAT - jeżeli występuje.
W Rozdziale 18 *Opis kryteriów oceny ofert, wagi tych kryteriów i sposób oceny ofert* Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) podał Zamawiający:
1.OPIS KRYTERIÓW OCENY OFERT, WAGI TYCH KRYTERIÓW I SPOSÓB OCENY OFERT
1) Przy wyborze oferty Zamawiający będzie kierował się następującymi kryteriami:
CENA brutto (A) – znaczenie 100%
Załącznik nr 1 do Formularza oferty – Formularz ilościowo – wartościowy - Odwołujący dla pozycji:
a) Całoroczne utrzymanie w stałej czystości pylonów informacyjnych
b) Jednorazowe umycie pomnika wraz z jego elementami składowymi
c) Jednorazowa impregnacja elementów składowych pomnika preparatem konserwującym przeznaczonym do granitu (zalecanym w dokumentacji powykonawczej)
d) Jednorazowe umycie znaku informacyjnego wraz z jego elementami składowymi
zastosował stawkę 8% podatku VAT.

Zarzut 1 odwołania dotyczy naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w uchwale z dnia 20 października 2011 r. sygn. akt „przy wykonywaniu przez zamawiającego obowiązku zbadania, czy oferty wykonawców nie zawierają błędów w obliczeniu ceny, przy równoczesnym braku w ustawie przedmiotowych ograniczeń przy dokonywaniu przez niego takiej kontroli, ocenie zamawiającego musi także podlegać przyjęcie przez wykonawcę prawidłowej stawki podatku VAT, ponieważ podatek ten jest bez wątpienia elementem cenotwórczym. Odmienny wniosek musiałby prowadzić do niedającej się zaaprobować zgody na nieprzewidziane ustawą ograniczenie uprawnień zamawiającego,
a w konsekwencji uniemożliwienie mu rzetelnego zbadania przesłanki uzasadniającej wykonanie przez zamawiającego ustawowego obowiązku odrzucenia oferty”.
Z powyższego jednoznacznie wynika zatem, że badanie oferty wykonawcy w kontekście błędu w obliczeniu ceny, w

odniesieniu do zastosowanej stawki podatku VAT, który stanowi element cenotwórczy, związane jest z badaniem przyjęcia przez wykonawcę prawidłowej stawki podatku VAT. Dlatego też w pierwszej kolejności należy ustalić jaka jest prawidłowa stawka podatku VAT.

W ramach przedmiotowej sprawy należy ustalić jaka jest prawidłowa stawka podatku VAT dla pozycji określonych w Załączniku nr 1 do Formularza oferty – *Formularz ilościowo – wartościowy* tj.:

a) Całoroczna utrzymanie w stałej czystości pylonów informacyjnych

b) Jednorazowe umycie pomnika wraz z jego elementami składowymi

c) Jednorazowa impregnacja elementów składowych pomnika preparatem konserwującym przeznaczonym do granitu (zalecanym w dokumentacji powykonawczej)

d) Jednorazowe umycie znaku informacyjnego wraz z jego elementami składowymi

W ramach argumentacji podnoszonej przez Odwołującego w odwołaniu oraz
w trakcie rozprawy argumentowane było stanowisko oparte na kompleksowości usług objętych przedmiotem zamówienia oraz wynikającego z opisu przedmiotu zamówienia powyższe części jako części składowe zamówienia.

W ramach przedmiotowego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego niezbędne jest ustalenie czy ww. czynności stanowią czynności pomocnicze czy też stanowią wraz
z całością opisaną w przedmiocie zamówienia „świadczenie kompleksowe" przy czym ustalenie to odnosi się do materii regulacji podatkowych. Wskazania wymaga w tym miejscu,
że na potrzeby ustalenia obowiązku podatkowego dokonany opis przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego ma znaczenie wtórne, bowiem fakt określenia przez Zamawiającego, że zamówienie jest kompleksowe nie stanowi jednocześnie o tym, że na potrzeby podatkowe stanowi ono „świadczenie kompleksowe".

W ocenie Izby, mając na uwadze to, że „świadczenie kompleksowe" z poziomu podatkowego nie jest zdefiniowane w żadnym akcie prawnym, a jego wykładnia kształtowana jest
w oparciu o orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz orzecznictwo sądów polskich kluczowym w ramach tego postępowania było ustalenie czy świadczenie objęte przedmiotem zamówienia stanowi świadczenie kompleksowe czy też świadczeniem kompleksowym nie jest. Ma to ten skutek, że w przypadku stwierdzenia, że świadczenie objęte zamówieniem można uznać za świadczenie kompleksowe to w konsekwencji stawkę podatku VAT określa się na zasadach właściwych dla świadczenia głównego. Natomiast w przypadku, gdy świadczenia nie można uznać za kompleksowe to niezbędne jest stosowanie stawek podatku, określonych dla danych świadczeń (czynności) właściwych tym świadczeniom. Ponieważ postępowanie odwoławcze przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, to po stronie wykonawcy kwestionującego czynności Zamawiającego pozostaje obowiązek wykazania okoliczności, z których wywodzi określone skutki prawne. Oznacza to, że Odwołujący powinien był dowieść, podważają czynność Zamawiającego
z dnia 5 kwietnia 2024 roku w zakresie oceny oferty Odwołującego, że świadczenie objęte przedmiotem zamówienia powinno być traktowane jak „świadczenie kompleksowe",
co w efekcie pozwoliłoby na stwierdzenie o przyjęciu do kalkulacji ceny właściwej stawki podatku VAT, a w konsekwencji do braku wypełnienia przesłanek z art. 226 pkt 10 ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący nie dowiódł, że świadczenie objęte przedmiotem zamówienia
jest „świadczeniem kompleksowym" w rozumieniu kwalifikacji podatkowej, a w konsekwencji nie dowiódł, że jest możliwe zastosowanie do kwestionowanych pozycji zastosowanie preferencyjnej stawki podatku VAT.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu (w wyroku z dnia 9 listopada 2010 r., sygn. akt I SA/Po 647/10) wskazał, że świadczenie złożone (kompleksowe) ma miejsce wówczas, gdy relacja poszczególnych czynności (świadczeń) wykonywanych na rzecz jednego nabywcy dzieli je na świadczenie podstawowe i świadczenia pomocnicze tzn. takie, które umożliwiają skorzystanie (względnie lepsze skorzystanie) ze świadczenia podstawowego lub są niezbędne dla możliwości skorzystania ze świadczenia podstawowego. Jeżeli jednak świadczenia te można rozdzielić, tak że nie zmieni to ich charakteru ani wartości z punktu widzenia nabywcy wówczas świadczenia takie powinny być raczej traktowane jako dwa niezależnie opodatkowane świadczenia.

Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, nie podniósł w tym zakresie żadnej argumentacji jaka uzasadniałaby jego twierdzenie, że czynności te (opisane powyżej w punktach a-d) stanowią świadczenie pomocnicze, które umożliwia skorzystanie ze świadczenia podstawnego lub jest niezbędne do skorzystania ze świadczenia podstawowego. Izba podkreśla ponownie w tym miejscu, że opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu
o udzielnie zamówienia publicznego, w tym wskazanie czynności jakie maja być wykonywane na rzecz Zamawiającego, nie przesądza o kwalifikacji danych usług jako czynności pomocniczych. Izba zwraca również uwagę, że w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 27 października 2005 r., sygn. akt C-41/04, który jest zakorzeniony mocno w doktrynie przedmiotu, Trybunał zawracał uwagę na to, że analizy charakteru transakcji należy dokonywać też z punktu widzenia

nabywcy. Odwołujący nie wykazał również, o czym traktował Wojewódzki Sąd Administracyjny, że rozdzielnie świadczenia podstawowego i świadczenia pomocniczego wpłynie na zmianę wartości świadczenia
po stronie nabywcy. Odwołujący w ogóle nie odnosił się do tej kwestii, która z punku widzenia określenia stawki podatku VAT dla danych czynności ma istotne znaczenie. Odwołujący w prezentowanym stanowisku oparł się jedynie na wskazaniu dokonanym przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Jednocześnie Odwołujący w zupełności pominął wymagania z SWZ z Rozdziału 17, że cena oferty musi zawierać wszystkie wymagane podatki. Oznacza to jednoznacznie w ocenie Izby, że Zamawiający po stronie wykonawcy pozostawił konieczność ustalenia prawidłowo stawki podatku VAT dla poszczególnych czynności opisanych w Załączniku nr 1 do Formularza oferty – *Formularz ilościowo – wartościowy,* gdzie jednoznacznie wymagał podania stawki podatku VAT
dla poszczególnych czynności wymienianych w następujących po sobie wierszach. Odwołujący w treści odwołania wskazał, że wszystkie te czynności składają się
na „świadczenie główne" tj. sprzątnie powierzchni wewnętrznych i zewnętrznych Zamawiającego, przy czym nie uzasadnił tego w żaden sposób mając na uwadze regulacje podatkowe. Powołane w treści odwołania orzeczenie TSUE w ocenie Izby nie uzasadnia twierdzenia Odwołującego, bowiem jednoznacznie Trybunał podał że usługa pomocnicza jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej. W żaden sposób Odwołujący nie uzasadnił w jaki sposób czynności te (opisane powyżej w punktach a-d) można traktować jako usługi pomocnicze stanowiące środek do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej. Izba podkreśla, że na analiza orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE prowadzi
do wniosku, że za cześć świadczenia złożonego możemy uznać takie czynności, których oddzielnie miałoby sztuczny charakter, a wyłączenie tej czynności rzutowałoby
w sposób istotny na całość świadczenia. Tak więc, jeżeli w skład świadczonej usługi wchodzą czynności, które nie służą wyłącznie wykonaniu czynności głównej, zasadniczej lecz mogą mieć również charakter samoistny, to wówczas nie ma podstawy do traktowania ich jako elementu usługi kompleksowej z punktu widzenia podatkowego. Wymaga wskazania, za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu zamówień publicznych
z dnia 21 września 2023 roku sygn. akt XXIII Zs 51/23, że pojedyncza usługa traktowana jest zatem jak element usługi kompleksowej, jeżeli cel świadczenia usługi pomocniczej jest zdeterminowany przez usługę główną, oraz nie ma możliwości wykonać lub wykorzystać bez usługi pomocniczej usługi głównej.
Zgodnie z art. 41 ust 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towaru i usług
(tj. z dnia 7 kwietnia 2022 r. *dla towarów i usług wymienionych w do ustawy, innych niż klasyfikowane według Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług w grupowaniu usługi związane z wyżywieniem (PKWiU 56), stawka podatku wynosi 7%, z zastrzeżeniem art. 114 ust. 1 i i ust. 4.* Przy czym w roku 2023, zgodnie z ww. ustawą, z art. 146 ea 1) stawka podatku, o której mowa w , , i , wynosi 23%; 2) stawka podatku, o której mowa w , oraz tytule , wynosi 8%.
Dla podanych przez Odwołującego w Załączniku nr 1 do Formularza oferty –*Formularz ilościowo – wartościowy* pozycji niżej wymienionych podana została stawka podatku VAT 8%:
a) Całoroczna utrzymanie w stałej czystości pylonów informacyjnych
b) Jednorazowe umycie pomnika wraz z jego elementami składowymi
c) Jednorazowa impregnacja elementów składowych pomnika preparatem konserwującym przeznaczonym do granitu (zalecanym w dokumentacji powykonawczej)
d) Jednorazowe umycie znaku informacyjnego wraz z jego elementami składowymi
Izba podziela stanowisko prezentowane przez uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowane w zgłoszonym przystąpieniu do postępowania odwoławczego. Słusznie podnosił uczestnik, że to po stronie wykonawcy składającego ofertę materializuje się obowiązek prawidłowego ustalenia stawki podatku VAT oraz jego zastosowania przy składaniu oferty. Wymaga podkreślenia w ocenie Izby, że w tym postępowaniu o zamówienie Zamawiający nie określił dla poszczególnych pozycji formularza ilościowo – wartościowego stawek podatku VAT, ale wymagał od wykonawcy ich podania. Zestawiając ze sobą obowiązek ustalenia przez wykonawcę stawki podatku VAT oraz obowiązek podania takiej stawki w formularzu ilościowo – wartościowym wynika z tego jednoznacznie,
że w postępowaniu o zamówienie wykonawca obowiązany był ustalić prawidłowo stawkę podatku oraz podać ją w ww. formularzu.
Izba podkreśla ponownie, że dla klasyfikacji stawki podatku VAT nie jest determinantą opis przedmiotu zamówienia jak również, a w szczególności sposób rozliczania realizacji zamówienia określony w projekcie umowy (załącznik nr 4 do SWZ), lecz klasyfikacja
z odniesieniem do wymagań podatkowych i koniecznością uzasadnienia kompleksowości świadczenia poszczególnych czynności. Brak uzasadnienia kompleksowości świadczenia oraz wykazania, że czynności opisane powyżej w punktach a-d stanowią czynności pomocnicze względem świadczenia głównego, powoduje że przyjęta stawka podatku VAT przez

Odwołującego jest nieprawidłowa.

Izba podkreśla w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, tym samym to po stronie Odwołującego w szczególności materializuje się obowiązek dowiedzenia okoliczności jakie podnosi w zarzutach odwołania. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczności jakie powoływał, w tym uzasadniające przyjęcie prawidłowo stawki 8% podatku VAT dla ww. czynności (opisane powyżej
w punktach a-d). Zgodnie z art. 535 ustawy Odwołujący, aż do zamknięcia rozprawy, miał możliwość przedstawiania dowodów na poparcie własnych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej. Odwołujący również nie przedstawił żadnego dowodu na odparcie twierdzeń zawartych w zgłoszonym przystąpieniu przez uczestnika postępowania odwoławczego, jak również nie odniósł się w żaden sposób do dowodów złożonych wraz
ze zgłoszeniem przystąpienia, oraz Odwołujący nie przedstawił żadnego kontr dowodu
na odparcie twierdzeń uczestnika postępowania odwoławczego.

Uczestnik postępowania odwoławczego przedstawił dowody, które Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego. Z argumentacji uczestnika postępowania odwoławczego, która nie była kwestionowana przez Odwołującego wynika jednoznacznie,
że dla ww. czynności (opisane powyżej w punktach a-d) prawidłowym było zastosowanie stawki podatku VAT 23%. Potwierdzają to w jednoznaczny sposób przedstawione przez uczestnika dowody w postaci wiążących informacji stawkowych (WIS).

Wiążąca informacja stawkowa to decyzja administracyjna, w której Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej określa jaka stawka VAT jest właściwa dla wskazanego towaru lub usługi lub prawidłową klasyfikację w przypadku złożenia wniosku zawierającego żądanie sklasyfikowania towaru albo usługi na potrzeby stosowania przepisów ustawy oraz przepisów wykonawczych wydanych na jej podstawie, innych niż dotyczących określenia stawki podatku. Zasadą jest, że od 1 lipca 2023 r. wniosek o wydanie wiążącej informacji stawkowej nie podlegał opłacie, a od 1 stycznia 2022 roku co do zasady wynosi 40 zł. Wymaga również wskazania, że decyzja WIS wiąże wszystkie organy podatkowewobec podmiotów, które ją otrzymały. Tak więc w przypadku jakichkolwiek wątpliwości każdy podmiot ma możliwość zwrócenia się o wydanie takiej decyzji, która zastąpiła od 1 listopada 2019 roku indywidualne interpretacje podatkowe. Wymaga podkreślenia, że WIS zamieszczane są w Biuletynie Informacji Publicznej KIS co pozwala na zapoznanie się z nimi każdemu zainteresowanemu, w tym każdemu podatnikowi.

W przypadku przedstawionych decyzji – dowodów złożonych przez uczestnika wskazać należy, że stanowią one Wiążące Informacje Stawkowe dla usług:

• całoroczne utrzymanie w stałej czystości pylonów informacyjnych oraz czyszczenie miejsc wysypanych kamieniami wokół pylonów - Rozstrzygnięcie: PKWiU 2015 – 81.29.19.0 - Stawka podatku od towarów i usług: 23%, Sygnatura: 0112-KDSL1-2.440.326.2021.2.BR

*(„mieści się w grupowaniu PKWiU 81.29.19.0 – „Usługi pozostałego sprzątania
i czyszczenia, gdzie indziej niesklasyfikowane". Usługa ta nie została wymieniona jako usługa, dla której ustawodawca w ustawie oraz w aktach wykonawczych wydanych
na jej podstawie, przewidział obniżoną stawkę podatku. Zatem, właściwą stawką
dla opodatkowania przedmiotowej usługi jest stawka podatku od towarów i usług
w wysokości 23%, na podstawie art. 41 ust. 1 w zw. z art. 146aa ust. 1 pkt 1 i ust. 1a ustawy.")*

• mycie pomnika - Rozstrzygnięcie: PKWiU 2015 – 81.29.19.0 - Stawka podatku od towarów i usług: 23%,Sygnatura: 0112-KDSL1-1.440.266.2021.2.AKA

(„usługa mieści się w grupowaniu PKWiU 81.29.19.0 – „Usługi pozostałego sprzątania i czyszczenia, gdzie indziej niesklasyfikowane". Usługa ta nie została wymieniona jako usługa, dla której ustawodawca, w ustawie o podatku od towarów i usług oraz w aktach wykonawczych wydanych na jej podstawie, przewidział obniżoną stawkę podatku. Zatem, właściwą stawką dla opodatkowania przedmiotowej usługi jest stawka podatku od towarów i usług w wysokości 23%, na podstawie art. 41 ust. 1, w zw. z art. 146aa ust. 1 pkt 1 i ust. 1a ustawy.")

• impregnowanie pomnika wraz z jego elementami składowymi - Rozstrzygnięcie: PKWiU 2015 – 43 - Stawka podatku od towarów i usług: 23%, Sygnatura: 0112-KDSL1-1.440.267.2021.2.AKU

*(„usługa impregnowanie pomnika wraz z jego elementami składowymi, mieści się w dziale PKWIU 43 „ROBOTY BUDOWLANE SPECJALISTYCZNE". Usługa ta nie została wymieniona jako usługa, dla której ustawodawca w ustawie oraz w aktach wykonawczych wydanych na jej podstawie, przewidział obniżoną stawkę podatku. Zatem, właściwą stawką
dla opodatkowania przedmiotowej usługi jest stawka podatku od towarów i usług
w wysokości 23%, na podstawie art. 41 ust. 1 w zw. z art. 146aa ust. 1 pkt 1 i ust. 1a ustawy.")*

Tak przedstawione dowody jednoznacznie potwierdzają, że dla określonych czynności opisanych powyżej w

punktach a-d, prawidłowym było zastosowanie stawki podatku VAT 23%, jednocześnie brak argumentacji przeciwnej po stronie Odwołującego oraz brak uzasadnienia i wykazania przez Odwołującego „świadczenia kompleksowego" w odniesieniu do poszczególnych czynności wymienionych w formularzu na potrzeby ustalenia stawki podatku VAT dla poszczególnych czynności skutkuje tym, że przyjęta stawka 8% podatku VAT dla czynności (opisane powyżej w punktach a-d) jest nieprawidłowa. W efekcie powyższego czynność Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego na postawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy była prawidłowa.

Zarzut 2 odwołania dotyczy naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna w warunkami zamówienia, w odniesieniu do odrzucenia oferty w oparciu o ocenę dokonaną względem treści dokumentu, który nie stanowił dokumentacji zamówienia. W ocenie Izby z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego przedstawionego przez Zamawiającego w piśmie z dnia 5 kwietnia 2024 roku jednoznacznie wynika, że oferta została odrzucona z uwagi na zastosowaną nieprawidłową stawkę podatku VAT, gdzie Zamawiający jednoznacznie podał, że:

Wykonawca nie prawidłowo sklasyfikował stawkę podatku VAT w wysokości 8%
dla czynności:
a) Całoroczne utrzymanie w stałej czystości pylonów informacyjnych
b) Jednorazowe umycie pomnika wraz z jego elementami składowymi
c) Jednorazowa impregnacja elementów składowych pomnika preparatem konserwującym przeznaczonym do granitu (zalecanym w dokumentacji powykonawczej),
d) Jednorazowe umycie znaku informacyjnego wraz z jego elementami składowymi.

Przedstawiona w odwołaniu argumentacja odnosi się do skorzystania przez Zamawiającego z WIS, przy czym jak było to już wskazane powyżej przy rozpoznaniu zarzutu 1, WIS stanowi informacje powszechnie dostępne (w tym miejscu Izba w całości przywołuje argumentację z rozpoznania zarzutu 1). Zamawiający nie powołał się na stanowisko z WIS jak na stanowisko z dokumentów zamówienia, lecz jedynie podał, że prezentowane stanowisko w decyzji potwierdza dokonaną przez Zamawiającego czynność - *Potwierdza to także Wiążąca Informacja Skarbowa (w załączeniu) wydania dla bardzo podobnego stanu prawnego, że czynności wskazane w ppunkcie a)-d) zaliczone są do PKWiU 81.29.19.0.*

Odrzucenie oferty Odwołującego nie nastąpiło na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy podnoszonych w tym zarzucie lecz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy, które zostało podniesione w zarzucie 1. Izba podkreśla w tym miejscu, że faktem jest, że w ramach informacji zawartej w piśmie z dnia 5 kwietnia 2024 roku w odniesieniu do oferty Odwołującego brak jest wskazania podstawy prawnej odrzucenia oferty. Jednakże Odwołujący nie podnosił żadnej argumentacji odnoszącej się do braku podania przez Zamawiającego podstawy prawnej odrzucenia oferty, a który to obowiązek wynika z art. 253 ust. 1 ustawy określający, że Zamawiający ma obowiązek podania uzasadnienia prawnego i faktycznego dokonanej czynności. Treść pisma - *Tym samym treść oferty Wykonawcy nie odpowiada warunkom zamówienia i ofertę należy odrzucić na podstawie wskazanej powyżej* – nie przesądza o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie niezgodności z warunkami zamówienia, bowiem jednocześnie odnosi się do podstawy jaka została wskazana przez Zamawiającego „powyżej". W uzasadnieniu faktycznym natomiast Zamawiający jednoznacznie podał nieprawidłowo zastosowaną stawkę podatku VAT dla czynności opisanych powyżej w punktach a-d – co też Odwołujący prawidłowo zdekodował podnosząc zarzut 1.

Odniesienie się Odwołującego w treści odwołania w zakresie zarzutu 2 do braku podania uzasadnienia „prawnego lub faktycznego" zastosowania błędnego podatku VAT nie stanowi uzasadnienia dającego poddać się kontroli w ramach naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy. Wymaga wskazania, że Zamawiający nie określił żadnych wymagań w dokumentacji w odniesieniu do zastosowania określonej stawki podatku VAT, co oznacza, że w tym zakresie nie ma możliwości stwierdzenia niezgodności z wymaganiami Zamawiającego. Jednocześnie Izba podkreśla, czemu dała wyraz powyżej, że odwołanie się do WIS stanowiło jedynie wzmocnienie argumentacji Zamawiającego przez odwołanie się do dokumentu powszechnie dostępnego, który potwierdzał stanowisko Zamawiającego, a nie był podstawą dokonania czynności przez Zamawiającego.

Bez znaczenia dla oceny naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy podnoszonego w zarzucie 2 jest odwoływanie się do sposobu rozliczania usług i podstawy stosowania odpowiedniej regulacji projektu umowy. Odwołanie się do podstawy rozliczenia wynagrodzenia na etapie realizacji zamówienia nie stanowi żadnego argumentu uzasadniającego niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Zamawiający odnosząc się do podstawy rozliczenia z par. 3 ust. 3 projektu umowy uzasadniał nieprawidłowość przyjęcia stawki podatku VAT przez Odwołującego jak dla świadczenia kompleksowego, w ten sposób tłumacząc odrębność świadczenia. Niezrozumiały w kontekście postawionego zarzutu odwołania jest również argument Odwołującego odnoszący się do braku wyszczególnienia w umowie czynności za które wykonawca ma wskazać osobne ceny i osobne stawki VAT. Izba wskazuje,

że załącznikiem nr 2 do umowy jest złożony w ofercie Formularz ilościowo – wartościowy
co jednoznacznie wynika z par. 3 ust. 1 projektu umowy oraz z par. 22 pkt 11 projektu umowy, z którego wynika, że załączniki do umowy stanowią jej integralną część. Natomiast
z ww. formularza (złożonego w ofercie) jednoznacznie wynika, jakie stawki podatku VAT określone są dla poszczególnych pozycji (wierszy) tego formularza. Dalsza argumentacja Odwołującego w zasadzie potwierdza to, że poszczególne czynności opisane
w poszczególnych wierszach formularza ilościowo – wartościowego należało wycenić osobno. Zmawiający w czynności oceny ofert Odwołującego nie stwierdził nieprawidłowości
w sporządzeniu formularza co do sposobu jego wypełnienia, lecz zarzucił zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT dla wskazanych czynności opisanych powyżej
w punktach a-d. Powyższe stanowisko Izby również stanowi uzasadnienie w zakresie zarzutu 1 odwołania.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5
w odniesieniu do odrzucenia oferty w oparciu o ocenę dokonaną względem treści dokumentu, który nie stanowił dokumentacji zamówienia za niezasadny.

Zarzut 3 odwołania dotyczy naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy w związku z art. 16 ustawy przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wobec uznania za skuteczne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonanego przez Konsorcjum „ABC SERVICE" sp. z o.o. i ABC Service R Brząkała, R. Gawron, M. Nazaruk, sp. j. oraz Konsorcjum DGP Clean Partner Sp. z o.o. i CTG sp. z o.o., &MG Sp. z o.o.
Izba w pierwszej kolejności wskazuje, że w postępowaniu o udzielnie zamówienia
w pod nazwą *Usługa kompleksowego sprzątania i utrzymania czystości na terenie Akademii Wojsk Lądowych we Wrocławiu,* w aktach postępowania przekazanych zgodnie
z obowiązującymi przepisami przez Zamawiającego (par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453)) nie znajduje się dokument do jakiego w uzasadnieniu odwołania referuje Odwołujący tj. „SIWZ". Odwołujący w żadnej części uzasadnienia odwołania odnoszącej się do zarzutu 3 nie wskazał o jaki dokument w zasadzie mu chodzi – nie podał nazwy dokumentu. Zadaniem Izy nie jest domyślanie się intencji Odwołującego oraz kreowania za Odwołującego argumentacji faktycznej uzasadniającej podniesiony zarzut odwołania. W ramach prowadzonego przez Zamawiającego postępowania jest dokument *Specyfikacja Warunków Zamówienia,* którą
w treści tego dokumentu określa Zamawiający jako: *SWZ.* Stan ten ma o tyle istotne znacznie, że określenie „SIWZ" nie jest jedynie omyłką pisarską, bowiem w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych tj. ustawie obowiązującej do dnia 31 grudnia 2020 roku właśnie w ten sposób określany był podstawowy dokument prowadzonego postępowania tj. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Natomiast od 1 stycznia 2021 roku na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych dokumentem zamówienia jest Specyfikacja Warunków Zamówienia.
Po drugie, w treści uzasadnienia zarzutu odwołania Odwołujący odwołał się do „danych opisanych w punkcie 10 SIWZ", mając na uwadze powyższe, Odwołujący ponownie wskazuje na dokument, którego w ramach przedmiotowego postępowania o zamówienie
nie ma. W ramach prowadzonego przez Zamawiającego postępowania jest dokument Specyfikacja Warunków Zamówienia.
Zgodnie z SWZ w rozdziale 10 (punkcie 10) Zamawiający określił:
1.INFORMACJA O PRZEDMIOTOWYCH ŚRODKACH DOWODOWYCH
Zamawiający ***wymaga*** *złożenia przedmiotowych środków dowodowych tj:*
- zestawienia ilościowo-wartościowego oferowanego przez Wykonawcę sprzętu niezbędnego do wykonania usługi sporządzony musi być przez Wykonawcę– zestawienie będzie załącznikiem do umowy - Minimalna ilość , rodzaj sprzętu oraz jego przeznaczenie zostało określona przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 do SWZ. Sporządzone zestawienie nie może zawierać mniejszych ilości niż wskazane w OPZ. Wzór wykazu stanowi załącznik nr 2 do Formularza Oferty
Izba podkreśla, że z żadnego fragmentu uzasadnienia zarzutu odwołania, jak również
z treści samego zarzutu odwołania nie wynika, że zarzut odwołania odnosi się
do przedmiotowego środka dowodowego tj. *zestawienia ilościowo-wartościowego oferowanego przez Wykonawcę sprzętu niezbędnego do wykonania usługi,* nie odnosi się również do załącznika nr 2 do Formularza Oferty, jaki w ramach zamówienia określił Zamawiający.
Odwołujący jednocześnie wniósł o nakazania Zamawiającemu *Uzupełnienia braków formalnych Konsorcjum „ABC SERVICE" sp. z o.o. i ABC Service R. Brząkała, R. Gawron, M. Nazaruk, sp. j. oraz Konsorcjum DGP Clean Partner S z o.o. i CTG sp. z o.o., &MG Sp. z o.o. poprzez uzasadnienie utajnienia danych lub odtajnienie uzasadnienia.*

Mając na uwdze zarzut odwołania wraz z jego uzasadnieniem (przyjmując, że posłużono się nieprawidłową nazwą dokumentu, gdzie w miejsce SIWZ powinno być SWZ) oraz wniosek Odwołującego nie sposób uznać zarzut za zasadny.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 ustawy zasadą prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jawność postępowania. Ustawodawca dopuścił jednakże prawo wykonawcy do nie ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5. Walor informacji jakie są zastrzegane z uwagi na ich charakter ma lub może mieć dla danego podmiotu wartość, której czasami nawet nie sposób określić.

Niemniej jeżeli wykonawca decyduje się na objęcie danych informacji tajemnicą przedsiębiorstwa powinien poczynić wszystko czego wymagają regulacje prawne, aby ta ochrona była skuteczna. Wykazanie (art. 18 ust. 3 ustawy), że dane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi obowiązek wykonawcy, to na nim spoczywa odpowiedzialność, która materializuje się w prowadzeniu argumentacji oraz składaniu dokumentów potwierdzających okoliczności jakie legły u podstaw zastrzeżenia.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób,

o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności. Tym samym zostaje zakreślony krąg informacji jakie skutecznie wykonawca może objąć zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Izba co do zasadny nie jest związana wnioskami Odwołującego jednakże w obliczu takiego ogólnikowego oraz błędnego w nazewnictwie i wskazanych podstawach prawnych (art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji określa obecnie co należy rozumieć przez tajemnicę przedsiębiorstwa, a nie podany w uzasadnieniu zarzutu odwołania art. 11 ust. 2 tejże ustawy) uzasadnienia zarzutu odwołania wniosek wykonawcy stanowi pewną kierunkową stanowiska Odwołujacego. Izba podkreśla, że w ramach uzasadnienia zarzutu odwołania nie została przedstawiona żadna argumentacja uzasadniająca konieczność udostępnienia wykonawcy (odtajnienia) informacji zawartych w przedmiotowym środku dowodowym (żadna). Odwołujący nie uzasadnił dlaczego informacje te noszą zamiana jawnych oraz nie uzasadnił i nie wykazał, że są dostępne w obrocie internetowym lub

że dotyczą wiedzy powszechnie znanej w branży. Samo wskazanie takiego stanowiska Odwołującego w żadne sposób nie uzasadnia faktu nakazania odtajnienia zestawienia ilościowo-wartościowego oferowanego przez Wykonawcę sprzętu niezbędnego

do wykonania usługi. Stanowisko Odwołującego stanowi emanację jego przekonania

co do informacji zawartych w ww. zestawieniu ale nie uzasadnia w żaden sposób,

że informacje objęte tajemnicą przedsiębiorstwa nie stanowią informacji technicznych, technologicznych, handlowych lub organizacyjnych lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu

i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony

do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W żądaniu odwołania Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu „uzupełnienia braków formalnych (…) przez uzasadnienie utajnienia danych lub odtajnienie uzasadnienia".

W obliczu braku jakiejkolwiek argumentacji faktycznej w uzasadnieniu odwołania

w odniesieniu do tak skonstruowanego wniosku nie sposób stwierdzić, o co w zasadzie chodzi Odwołującemu. Odwołujący nie wnosi o udostępnienie zestawienia ilościowo-wartościowego oferowanego przez Wykonawcę sprzętu niezbędnego do wykonania usługi. Natomiast w uzasadnieniu faktycznym odwołania dla tego zarzutu nie odnosi się w żaden sposób do *uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa*. W tym zakresie nie przedstawia żadnej argumentacji w odwołaniu. Nie sposób stwierdzić tym samym na czym miałoby polegać „uzupełnienie braków formalnych przez uzasadnienie utajnienia

lub odtajnienie uzasadnienia". Odwołujący nie kwestionował w zarzucie odwołania zaniechania udostępnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jakie przedstawili wskazani w zarzucie wykonawcy wraz z

zastrzeżonym dokumentem zestawieniem ilościowo-wartościowego oferowanego przez Wykonawcę sprzętu niezbędnego do wykonania usługi. Faktem wynikający z przebiegu rozprawy jest to,
że Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które jak oświadczył były jawnymi dokumentami, co jest działaniem nieprawidłowym, ale w ramach zarzutu odwołania nie zostało w żaden sposób podniesione to zaniechanie. Izba podkreśla, że związana jest zarzutem odwołania zgodnie z art. 555 ustawy, co oznacza, że tylko w zakresie jaki odniósł Odwołujący może wyrokować.
Brak przedstawienia argumentacji faktycznej uzasadniającej nieprawidłowość działania Zamawiającego w zakresie zaniechania udostępnienia zastrzeżenia tajemnicy skutkuje niezasadnością zarzutu, natomiast w odniesieniu do zaniechania udostępnienia zestawienia ilościowo-wartościowego oferowanego przez Wykonawcę sprzętu niezbędnego do wykonania usługi w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że zastrzeżenie tajemnicy było niezasadne w obliczu obowiązujących przepisów prawa (art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy).

Mając powyższe na uwadze Izba uznała zarzut naruszenia art. 18 ust.3 ustawy w zw. z art. 16 ustawy za niezasadny, Izba nie stwierdziła w obliczu argumentacji Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego zasad postępowania o udzielnie zamówienia publicznego.

Zarzut 4 odwołania dotyczy naruszenie art. 99 ust 1 ustawy z uwagi
na niejednoznaczny, nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, z którego nie wynikało jednoznacznie jaka stawka VAT powinna być zastosowana do poszczególnych elementów zamówienia, które to naruszenie doprowadziło do powstania wady postępowania w postaci nieporównywalności złożonych ofert, a w konsekwencji nieważności postępowania
na podstawie art. 225 pkt. 2 ustawy.

Izba podkreśla na wstępie, że zarzut odwołania w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia jest zarzutem spóźnionym. Wykonawca winien podnosić zarzuty odnośnie opisu przedmiotu zamówienia w ustawowym terminie po opublikowaniu specyfikacji warunków zamówienia.

W kontekście zarzutu odwołania w powiazaniu z podstawą nieważności postępowania z powodu nie porównywalności złożonych ofert, Izba podkreśla, że żaden przepis ustawy nie nakazuje Zamawiającemu określania stawek podatku VAT
dla poszczególnych czynności zawartych w opisie przedmiotu zamówienia. Takie ukształtowanie stawek podatku VAT w ramach postępowania mogłoby prowadzić
do naruszenia konkurencji chociażby w okolicznościach, w których wykonawcy korzystają
z ustawowych zwolnień w naliczaniu podatku VAT (np. spółdzielnie) lub uprawnione są
do stosowania preferencyjnych stawek podatku VAT. To obowiązkiem podatnika jest ustalanie właściwej stawki podatku VAT. Regulacja art. 99 ust. 1 ustawy nie odnosi się do podania stawki podatku VAT, aczkolwiek nie zabrania również jej określenia przez Zamawiającego. Opis przedmiotu zamówienia odnosi się do świadczenia jakie chce nabyć Zamawiający i ma szczegółowo odnosić do wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego Zamawiający oczekuje. Wymaganie podania stawki podatku VAT oraz określenia kwoty netto i ceny brutto stanowi element cenowy oferty i powiązany jest ze sposobem kalkulacji ceny oferty, a nie opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący pominął treść art. 99 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności
do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli
te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane
z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. Ta regulacja jednoznacznie potwierdza i uzasadnia, że opis przedmiotu zamówienia odnosić można również do cech określających różne powiązania z przedmiotem zamówienia mających powiązanie z tym przedmiotem a istotnym z punktu widzenia danego świadczenia. Kluczowym w ocenie Izby jest również to, że w ust. 3 art. 99 ustawy ustawodawca jednoznacznie podał do opisu przedmiotu zamówienia stosuje się nazwy i kody określone
we Wspólnym Słowniku Zamówień Celem stosowania Wspólnego Słownika Zamówień jest standaryzacja terminologii wykorzystywanej przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego.

Nie jest uchybieniem w zakresie opisu przedmiotu zamówienia niepodanie stawki podatku VAT, którą to ma wskazać wykonawca, w konsekwencji nie stanowi o niemożliwości porównania ofert w postępowaniu. Nie ma podstawy do przyjęcia, że stawka podatku VAT stanowi opis przedmiotu zamówienia. Tym samym nie ma żadnej podstawy
do przyjmowania w ramach tego postępowania, ze błędnie podana stawka podatku VAT
nie może prowadzić do odrzucenia oferty. Wręcz przewinie, nieprawidłowa stawka podatku VAT musi prowadzić do

odrzucenia oferty. Wymaga również podkreślenia, że nie jest prawdą, co twierdzi Odwołujący, że w ramach postępowania dochodzi, czy też doszło,
do „automatycznego odrzucenia oferty", oferta została odrzucona z powodu nieprawidłowego zastosowania podatku VAT, po dokonaniu czynności przez Zamawiającego, która swój wyraz miała w czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a o czym szeroko Izba wskazała w rozpoznaniu zarzutu 1. Nie było w działaniu Zamawiającego żadnego automatyzmu.

Taka prezentacja argumentacji przez Odwołującego w ramach zarzutu 4 wskazuje
na niezrozumienie poszczególnych instytucji Prawa zamówień publicznych, bowiem jak wyjaśniono już wyżej, wymaganie określenia stawki podatku VAT nie jest elementem opisu przedmiotu zamówienia, a co do zasady wskazanie odpowiedniej, prawidłowej zgodnej
z obowiązującymi przepisami podatkowymi stawki podatku VAT jest obowiązkiem podatnika. W tym postępowaniu to wykonawca był obowiązany podać stawkę VAT, prawidłową stawkę VAT.

W odniesieniu do wskazanej w zarzucie powstałej wady postępowania w postaci nieporównywalności złożonych ofert, a w konsekwencji nieważności postępowania
na podstawie art. 225 pkt. 2 ustawy Izba stwierdza, że niezasadność argumentacji Odwołującego niweczy tenże skutek. Jednocześnie Izba wskazuje, że podana podstawa prawna w ogóle nie odnosi się do unieważnienia postępowania o udzielnie zamówienia publicznego. Nie ma mowy o nieporównywalności ofert, bowiem każdy wykonawca (podatnik) określając w ramach postępowania stawki podatku VAT uprawniony jest
do korzystania ze zwolnień, o czym była już mowa wyżej. Jednocześnie Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił w kontekście argumentacji faktycznej odwołania na czym miałaby polegać nieporównywalność ofert, bowiem to że nie wskazał Zamawiający stawki podatku VAT w dokumentacji nie stanowi żadnego uchybienia w procedurze.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała za niezasadny zarzut 4 odwołania.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu - obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt
z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych. Przy czym wymaga również podkreślenia, że szczegółowe regulacje ustawowe odnoszą się także do warstwy korzystania ze środków ochrony prawnej, konstrukcji zarzutów odwołania jak i podnoszenia argumentacji faktycznej uzasadniającej kwestionowanie czynności Zamawiającego oraz stosowania powszechnie obowiązujących przepisów prawa, w tym również przepisów podatkowych.

Koszty:

Izba oddaliła odwołanie.

Zamawiający nie złożył do wniosku kosztowego żadnych dokumentów tj. rachunków lub spisu kosztów na podstawie których Izba mogłaby zasadzić uzasadnione koszty strony (§ 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r.
w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437)).

Zgodnie z art. 557 ustawy z 2019 r., *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.*

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 ustawy
z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 pkt 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r.
w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zgodnie z którym w przypadku oddalenie odwołania w całości koszty ponosi Odwołujący.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodnicząca: ……