

WYROK

z dnia 24 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2018 r. przez odwołującego: M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych „Dromar”,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Gliwicach,

przy udziale wykonawcy J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Konserwacji Terenów Zielonych J. W., Bytom, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp i nakazuje zamawiającemu Zarządowi Dróg Miejskich z siedzibą w Gliwicach:

1.1. unieważnienie wyboru oferty wykonawcy J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Konserwacji Terenów Zielonych J. W., Bytom, jako oferty najkorzystniejszej;

1.2. wezwanie wykonawcy J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Konserwacji Terenów Zielonych J. W., Bytom w trybie

art. 26 ust. 4 do złożenia wyjaśnień dotyczących zakresu prac wykonanych na

rzecz podmiotów wskazanych w załączniku nr 9 do oferty - „Wykaz Usług”, ewentualnie wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 9.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Gliwicach i :

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych „Dromar” tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od zamawiającego Zarządu Dróg Miejskich z siedzibą w Gliwicach na rzecz wykonawcy M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych „Dromar” kwotę 18 600 zł 00 gr (osiemnastu tysięcy sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia

jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1600/18

UZASADNIENIE

W dniu 10 sierpnia 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy M. K. prowadzący działalność gospodarczą pn. Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K. (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu Zarządowi Dróg Miejskich w Gliwicach (dalej „Zamawiający”) w zakresie zadania nr 1 w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na Oczyszczanie pasów drogowych na terenie miasta Gliwice w latach 2018-2020 - Zadanie nr 1 - Oczyszczanie jezdni oraz tunelu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez uznanie, że Odwołujący złożył ofertę z błędną stawką podatku VAT dla czynności „Mycia ścian tunelu” a w konsekwencji, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny i podlega odrzuceniu, podczas gdy cena oferty (w tym VAT) została wyliczona prawidłowo;

2) art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia ZUKTZ J. W. z Postępowania 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;

3) ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia ZUKTZ J. W. z Postępowania w związku z tym, że wykonawca ten przedstawił (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa) informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego a powyższe miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, tj. na wybór oferty ZUKTZ J. W. jako najkorzystniejszej;

4) ewentualnie art. 26 ust. 3 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania ZUKTZ J. W. 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 ustawy Pzp nie wykazał spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczącego doświadczenia, określonego w pkt 9.3. SIWZ;

5) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez uznanie, że ZUKTZ J. W. złożył ofertę niezawierającą błędów w obliczeniu ceny, podczas gdy całe zamówienie (Zadanie 1) podlega stawce VAT 8%;

6) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w

Postępowaniu, bowiem najkorzystniejszą, nie podlegającą odrzuceniu ofertę złożył Odwołujący.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności o oceny ofert oraz uznanie, iż ZUKTZ J. W. podlega wykluczeniu oraz, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu, a w konsekwencji stanowi ofertę najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, dalej „ustawy Pzp”. Przedmiotem Zadania nr 1, którego dotyczy Odwołanie jest: "Oczyszczanie jezdni oraz tunelu".

Szczegółowy zakres prac, które obejmuje przedmiot Zamówienia (w ramach Zadania nr 1) opisuje pkt 2.1. Załącznika nr 7 do SIWZ tj. Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej: "OPZ"). Odwołujący wskazał, iż z tego dokumentu wynika, że przedmiotem Zadania jest mechaniczne i uzupełniające ręczne zmiatanie i zmywanie jezdni, wraz z usunięciem przerostu traw i chwastów, w tym zatok autobusowych i miejsc parkingowych, opasek bezpieczeństwa na jezdniach, na których występują, oczyszczanie powierzchni wykonanych z kostki granitowej, rond, zatoczek pomiarowych, wywóz zanieczyszczeń, usuwanie skutków nagłych nieprzewidzianych zdarzeń. Zamówienie obejmuje także oczyszczanie tunelu, zarówno jezdni jak i ścian. Jak wskazuje Zamawiający w pkt 2.1. g) OPZ: "(...) Zamówienie polega na oczyszczaniu nawierzchni betonowej tunelu jak i obręczy, barier i elementów jego elewacji, na której znajduje się zainstalowany system urządzeń sterująco-monitorujących (...)."

Stanowiący Załącznik 6a do SIWZ „FORMULARZ CENOWY - ZADANIE NR 1” skonstruowany został w następujący sposób:

Lp.	Nazwa zadania	Jedn. miary	Przewidywana ilość miary	Cena jedn. netto	Wartość f netto (koi.4 x5)
1	2	3	4	5	6
1	Jednokrotne mechaniczne zmiatanie i uzupełnianie ręczne oczyszczanie całej szerokości jezdni wraz z usunięciem przerostu traw i chwastów również z zatok autobusowych i miejsc parkingowych wraz z tzw. polami martwymi, wysepkami kanalizującymi ruch, azylami dla pieszych oraz separatorami łańcuchowymi, krawężnikami i opaskami bezpieczeństwa oraz mycie w/w wysepek, azyli	100m2	1 620 000,00	-	-
2	Jednokrotne zmywanie jezdni	100m2	162 000,00	-	-
3	Mycie ścian tunelu	100m2	148 800,00	-	-
4	Usuwanie skutków nagłych nieprzewidzianych zdarzeń	Szt.	288,00	-	-
				Razem netto:	
				VAT zł:	
				Razem brutto	-

*Szacunek ilościowy robót , został określony wyłącznie po to aby dać Wykonawcom wspólną podstawę wyceny 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

** Formularz Cenowy należy załączyć do oferty

*** Kwoty z poz. Razem netto, VAT zł, Razem brutto należy przenieść do formularza oferty

W ocenie Odwołującego również tabele cenowe ujęte w formularzu ofertowym, którego wzór określa załącznik nr 1 do SIWZ zawierały miejsce na: cenę netto, wartość VAT oraz cenę brutto - bez rozbicia VAT na kwoty obliczone według różnych stawek tego podatku.

Odwołujący wskazał, że obliczył cenę oferty uwzględniając stawkę VAT - 8%, dla całego przedmiotu Zamówienia i tak obliczoną wartość ujął w Formularzu cenowym, którego wzór stanowił Załącznik Nr 6a do SIWZ oraz w formularzu oferty. Inaczej obliczył cenę konkurent Odwołującego tj. ZUKTZ J. W., który dla poz. 3 „Mycie ścian tunelu” zastosował stawkę VAT 23%, w tym dokonał korekty formularza cenowego przygotowanego przez Zamawiającego w zakresie VAT.

W ocenie Odwołującego wobec powyższych rozbieżności w sposobie obliczenia ceny przez wykonawców Zamawiający słusznie uznał, że konieczne jest ustalenie, który z Wykonawców popełnił błąd w obliczeniu ceny i zwrócił się do Wykonawców o wyjaśnienia. Zamawiający

chciał uzyskać wyjaśnienie, z czego wynika zastosowana przez poszczególnych Wykonawców stawka 8 i 23% VAT dla poz. 3 „Mycie ścian tunelu”. (Dowód - wezwania do wyjaśnień z dnia 2 lipca 2018 roku - w dokumentacji Postępowania).

W odpowiedzi na powyższe zapytanie Odwołujący przedstawił swoje stanowisko wskazujące, iż mamy tu do czynienia ze świadczeniem złożonym/kompleksowym, dla którego świadczeniem głównym jest oczyszczanie jezdni (zamiatanie mechaniczne, oraz uzupełniająco oczyszczanie ręczne), a także zatok autobusowych i miejsc parkingowych

wraz z tzw. polami martwymi, wysepkami kanał jżdzącymi ruch, azylami dla pieszych oraz separatorami łańcuchowymi, krawężnikami i opaskami bezpieczeństwa oraz mycie w/w wysepek, czyli dla pieszych, wypiętrzonych wyłączeń z ruchu w obrębie jezdni, wraz z usuwaniem skutków nieprzewidzianych zdarzeń, opodatkowane VAT 8%, dlatego dla całego zamówienia należy zastosować jedną, tą właśnie stawkę. Mycie ścian tunelu stanowi tu świadczenie poboczne, nierozdzielnie związane ze świadczeniem głównym. Na poparcie powyższego Odwołujący przedstawił Opinię podatkową Doradcy Podatkowego oraz wyrok NSA o sygn. I FSK 344/15. (Dowód: pismo Dromar z dnia 6 lipca 2018 roku wraz załącznikami - w dokumentacji Postępowania).

Odwołujący wskazał, że ZUKTZ J. W. uzasadniając zastosowanie do zamówienia dwóch stawek VAT, w szczególności stawki 23% dla poz. 3 „Mycie ścian tunelu” powołał się na stanowisko Ośrodka Kwalifikacji i Nomenklatury Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 16 maja 2018 r. z której wynika, że mycie ścian tunelu (poz. 3) należy kwalifikować jako nr PKWiU 81.21.10.0 „Usługi niespecjalistycznego sprzątnięcia budynków i obiektów przemysłowych” a zamiatanie jezdni (poz. 1), zmywanie jezdni (poz. 2) oraz usuwanie skutków zdarzeń drogowych (poz. 4) jako PKWiU nr 81.29.12.0 „Usługi zamiatania śmieci i usuwania śniegu”. Na tej podstawie ZUKTZ J. W. uznał, że w ramach zamówienia występują zarówno usługi objęte 8% VAT jak i objęte podstawową stawką tego podatku (23%). (Dowód: pismo ZUKTZ J. W. z dnia 3 lipca 2018 roku wraz załącznikami - w dokumentacji postępowania).

Powyższe skutkowało decyzją Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny oraz uznaniem, że ZUKTZ J. W. obliczył cenę prawidłowo. (Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 31.07.2018 r. najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Dromar).

Prawidłowość stawki VAT zastosowanej przez Odwołującego - świadczenie kompleksowe.

Jak wskazał Odwołujący w swej odpowiedzi skierowanej do Zamawiającego w dniu 6 lipca 2018 roku (wraz załącznikami) całe Zadanie podlega opodatkowaniu stawką VAT 8% - jako usługa kompleksowa, której celem jest utrzymanie czystości dróg w Gliwicach. Utrwaloną już koncepcją opodatkowania świadczeń kompleksowych, na którą powołał się Odwołujący, wypracował Trybunał Sprawiedliwości UE i przyjęły sądy krajowe. Orzecznictwo w tej sprawie było odpowiedzią na gospodarczą rzeczywistość - w praktyce rynkowej w ramach jednego zamówienia realizuje się wiele różnych usług a nawet dostaw („full service”), które mają różne PKWiU, co może oznaczać różne stawki VAT. Choć zasadą jest, że każde świadczenie powinno być uznawane za odrębne i niezależne to już w wyroku w sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd., Trybunał Sprawiedliwości zauważył, 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”. Również w wyrokach w sprawie C-2/95 Sparekassernes Datacenter (SDC), sprawie C-41/04 Levob Verzekeringen BV i OV Bank NV, czy też w sprawie C-572/07 RLRE Tellmer Property i C-276/09 Everything Everywhere Trybunał uznawał, że jeżeli dwa lub więcej niż dwa świadczenia (czynności) dokonane przez podatnika na rzecz klienta są tak ściśle powiązane, że obiektywnie tworzą w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jednolite świadczenie dla celów podatku od wartości dodanej. Z usługą kompleksową mamy do czynienia nie tylko w przypadku, gdy jedno lub kilka świadczeń należy uznać za świadczenie główne, natomiast pozostałe za świadczenia dodatkowe, ale przede wszystkim gdy co najmniej dwa elementy albo co najmniej dwie czynności dokonane przez podatnika są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie tylko jedno nierozdzielne

świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny. Ocena w tym zakresie dokonana być powinna z punktu widzenia nabywcy takiego świadczenia (świadczeń) i ich celu, nie ma znaczenia, że usługi - technicznie rzecz biorąc, mogłyby być zrealizowane osobno.

Analogiczne orzeczenia zapadały na gruncie krajowym: w wyroku z 2 października 2012 r. (I SA/Kr 1164/12) WSA w Krakowie za usługę kompleksową uznał przypadek podatnika - hotelu, oferującego organizację konferencji z towarzyszącymi jej różnymi usługami dodatkowymi dla jej uczestników. Usługa obejmowała przygotowanie materiałów dydaktycznych, a także doboru oraz zatrudnienie odpowiednio wykwalifikowanych prelegentów, udostępnienie sal konferencyjnych, wyżywienie uczestników zakwaterowanie a nawet korzystanie z zabiegów w instytucie kosmetycznym, a także imprezy taneczne, bankiety, ogniska. Sąd stwierdził, że w przypadku gdy organizatorem konferencji jest hotel SPA oferujący m.in. zabiegi kosmetyczne to nie jest zasadne wyłączenie z zakresu kompleksowej usługi organizacji konferencji zabiegów kosmetycznych oferowanych uczestnikom konferencji tj. w takim przypadku mogą one stanowić element usługi kompleksowej organizacji konferencji. Nie ma potrzeby by „rozbić” usługę konferencyjną na trzy grupy świadczeń: merytoryczną, logistyczną i gastronomiczną. Tym samym, podatnik ma prawo wystawić jednolitą fakturę na „usługę konferencyjną” i opodatkować ją jedną stawką VAT.

Odwolujący powołał się również na uchwałę Naczelnego Sądu Administracyjnego w składzie 7 sędziów (sygn. akt I FPS 3/10), w której sąd stwierdził, iż podmiot świadczący usługi leasingu powinien włączyć do podstawy opodatkowania usług leasingu koszty ubezpieczenia przedmiotu leasingu. NSA zauważył, że w przypadku usług o kompleksowym charakterze takich jak usługa leasingu, której towarzyszy ubezpieczenie przedmiotu leasingu, nie ma podstaw do dzielenia tej czynności z punktu widzenia obowiązku w VAT na dwie czynności z tego powodu, że mogą być one przedmiotem odrębnych umów. W tym kontekście usługi ubezpieczenia przedmiotu leasingu mają na celu zabezpieczenie interesów finansującego oraz korzystającego i nie stanowią celu samego w sobie, co powoduje, że mamy tu do czynienia z usługą kompleksową.

Kolejny przykład usługi uznanej za kompleksową dotyczy zamówienia którego przedmiotem było szereg usług związanych z utrzymaniem autostrady m.in. codzienny objazd i przegląd drogi i obiektów mostowych, zimowe utrzymanie, zabezpieczenie powstałych ubytków w nawierzchni, utrzymanie czystości jezdni i pasa drogowego, utrzymanie wyposażenia technicznego w dobrym stanie technicznym (bariery ochronne i poręcze, ogrodzenie, osłony akustyczne, ekrany przeciwolśnieniowe), utrzymanie oznakowania pionowego i słupków prowadzących oraz ich bieżące uzupełnianie, utrzymanie oznakowania poziomego, utrzymanie zieleni przydrożnej - trawniki, drzewa i krzewy, utrzymywanie skarp i nasypów, współpraca z administracją drogową, Policją, Pogotowiem ratunkowym, jednostkami Systemu Ratowniczo-Gaśniczego oraz dokonywanie zgłoszeń Policji w stwierdzonych przypadkach dewastacji lub kradzieży. Minister Finansów, w wydanej interpretacji indywidualnej a następnie NSA w wyroku z dnia 28 października 2018 roku o sygn. I FSK 344/15 zgodnie uznali, że usługa ta ma charakter kompleksowy i nie powinna być dzielona dla celów podatkowych. Wszystkie czynności: likwidowanie śliskości, utrzymanie czystości i porządku dróg, prowadzenie dyżurów związanych z utrzymaniem dróg, roboty związane z konserwacją, naprawą dróg, i pozostałe - nie stanowią celu samego w sobie, lecz są środkami służącymi do zachowania standardu autostrady. Zatem uznać należy, że mamy tu do czynienia z usługą kompleksowego utrzymania autostrady, natomiast wszystkie inne czynności podejmowane przez Spółkę w ramach jej wykonywania są podejmowane w ramach przedmiotowej usługi i mają charakter elementów składowych tej usługi, w związku z czym cała usługa podlega opodatkowaniu z zastosowaniem jednej stawki podatku VAT.

W ocenie Odwołującego rozstrzygnięcie, czy usługi objęte Zadaniem 1 w ramach zamówienia stanowią usługę kompleksową wymaga w pierwszej kolejności identyfikacji charakteru oraz istoty usługi będącej przedmiotem zamówienia. Rozważyć należy, czy Zamówienie (Zadanie 1) obejmuje usługę kompleksową, czy 4 osobne usługi ujęte w tabeli zawartej w formularzu ofertowym, z których jedna (mycie ścian tunelu) podlega 23% VAT. W wyniku realizacji przedmiotu zamówienia Zamawiający chce osiągnąć efekt polegający na zapewnieniu czystych pasów drogowych na terenie miasta Gliwice, z czego w ramach Zadania nr 1 - jezdni oraz tunelu, które łącznie stanowią nierozdzielne pod względem

gospodarczym i technicznym elementy drogi w rozumieniu art. 4 ustawy z dnia 21 marca 1985 o drogach publicznych. W ocenie Odwołującego na świadczenie składa się wiązka czynności, różnych świadczeń (mechaniczne i uzupełniające ręczne zamykanie i mycie

jezdni, wraz z usunięciem przerostu traw i chwastów, w tym zatok autobusowych i miejsc parkingowych, opasek bezpieczeństwa na jezdniach, na których występują, oczyszczanie powierzchni wykonanych z kostki granitowej, rond, zatoczek pomiarowych, wywóz zanieczyszczeń, usuwanie skutków nagłych nieprzewidzianych zdarzeń, oczyszczanie tunelu w tym jego obręczy, barier i elementów jego elewacji na której znajduje się zainstalowany system urządzeń sterująco- monitorujących), których wspólny cel to utrzymanie czystości dróg.

W ocenie Odwołującego, jak wynika z przedstawionego wyżej orzecznictwa, jeżeli usługa składa się z różnych świadczeń, których realizacja prowadzi do realizacji jednego celu, usługa jest usługą złożoną (kompleksową). Na usługę złożoną składa się więc kombinacja różnych czynności, prowadzących do realizacji określonego celu - do wykonania świadczenia głównego, na które składają się różne świadczenia pomocnicze. Czynności podatnika realizującego usługę kompleksową są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie tylko jedno nierozdzielne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny.

Odwołujący wskazał, iż na nierozdzielność usług objętych Zadaniem 1, zwłaszcza na ściśle powiązanie czynności mycia ścian i jedni tunelu wskazuje nie tylko praktyczny aspekt realizacji tego typu usługi, ale także OPZ. Jak wskazuje Zamawiający w pkt 2.1. g) OPZ:

"(...) Oczyszczanie tunelu oraz mycie ścian tunelu będzie dokonywane przy zamkniętym

tunelu według procedury określonej przez Zamawiającego w godzinach nocnych wskazanych przez zamawiającego po podpisaniu umowy. Wykonawca musi wykazać się dużą ostrożnością i doświadczeniem w trakcie czyszczenia tunelu z uwagi na Oznacza to, w ocenie Odwołującego, że mycie jezdni tunelu (poz. 1 i 2) i ścian tunelu (poz. 3) nie tylko służy realizacji tego samego celu (utrzymania czystości pasów drogowych miasta) ale także jest nierozdzielne, wymaga bowiem zamknięcia tunelu a także dokonania ww. czynności w sposób logicznie powiązany.

W ocenie Odwołującego osobna realizacja tych usług nie tylko wymagałaby dwukrotnego zamykania tunelu, to przeczy sformułowanemu w OPZ postulatowi by usługa była wykonywana w sposób nieutrudniający funkcjonowania ruchu kołowego, ale także prowadziłaby do problemów w zakresie ustalenia podmiotu odpowiedzialnego za właściwą realizację celu Zamawiającego. Przykładowo, osobne zlecenie usług mogłoby prowadzić np. do wykonania usługi mycia ścian tunelu po zrealizowaniu usługi oczyszczenia jezdni, do niweczyłoby prace dotyczące oczyszczania jezdni, bowiem brud ze ścian, barier itp. tunelu spłynąłby na oczyszczoną jezdnię. Nie bez przyczyny Zamawiający ujął poz. 1-4 przedmiotu Zamówienia jednym Zadaniem, dopuszczając złożenie oferty tylko na całe Zadanie - świadczenia objęte przedmiotem Zadania 1 są ze sobą nierozdzielnie związane, stanowią jedną, złożoną usługę.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że również w ujęciu ilościowym powierzchnia tunelu jest znikoma w stosunku do powierzchni jezdni podlegających oczyszczaniu w zamówieniu: przewidywana przez Zamawiającego liczba jednostek miary dla zamykania i oczyszczania oraz zmywania jezdni (poz. 1 i 2) wynosi 1.782.000 (1.620.000 + 162.000), a liczba jednostek miary mycia ścian tunelu (poz. 3) to 148.800. Tym samym powierzchnia mycia ścian stanowi niespełna 8% (7,67%) ogółu powierzchni podlegającej oczyszczaniu w ramach Zadania.

Odwołujący odwołał się do orzeczenia NSA o sygn. I FSK 344/15, gdzie wskazano: „To, że na zadanie to składają się określone przez strony umowy czynności, które co do zasady dla celów podatku VAT stanowią odrębne świadczenia i pod względem statystycznym klasyfikowane są jako odrębne usługi nie oznacza, że w tym konkretnym przypadku nie można mówić o świadczeniu kompleksowym. Uwzględniając charakter poszczególnych tych czynności, wszystkie one łącznie służą jednemu celowi - utrzymaniu Autostradowej Obwodnicy Wrocławia. Niewykonanie jednej z tych czynności spowoduje, że cel tego zadania nie zostanie osiągnięty. Trudno zgodzić się z twierdzeniem skarżącej wyrażonym na rozprawie, że takie czynności jak utrzymanie zieleni przydrożnej - trawników, drzew i krzewów nie mieszczą się w zakresie utrzymania drogi. Przede wszystkim samo ujęcie przez strony umowy tej czynności w ramach zleconego zadania utrzymania drogi wskazuje, że czynność ta wchodzi w zakres całego zadania. Czynności związane z prawidłowym utrzymaniem przydrożnych trawników, drzew i krzewów wpływają też na bezpieczeństwo

jazdu. Bez wątpienia zdaniem Naczelnego Sądu Administracyjnego w tym składzie czynności te są więc też elementem czynności utrzymania drogi."

W ocenie Odwołującego w okolicznościach sprawy mamy więc do czynienia z sytuacją, gdy jedna usługa obejmuje kilka świadczeń i stanowi świadczenie kompleksowe, która to usługa nie powinna być sztucznie dzielona dla celów podatkowych. Właściwe jest więc zastosowanie do całego Zadania stawki VAT 8%. Oznacza to też, że oferta ZUKTZ J. W. zawiera błąd w obliczeniu ceny w zakresie ustalenia stawki VAT dla czynności mycia ścian tunelu. Powyższe stanowisko potwierdza opinia Pana M. M., Radcy Prawnego i Doradcy Podatkowego, z dnia 31.07.2018 roku - w załączeniu.

Odwołujący wskazał, iż z dokumentacji Postępowania oraz z dotychczasowego przebiegu świadczenia tych usług w mieście Gliwice wynika, że sam Zamawiający traktował przedmiot Zadania 1 jako usługę kompleksową, opodatkowaną jedną stawką VAT. Wynika to nie tylko z SIWZ, gdzie w żadnym z formularzy cenowych Zamawiający nie przewidział „miejsca” dla podania różnych stawek VAT dla różnych pozycji Zamówienia (vide pkt A.I. uzasadnienia niniejszego odwołania - Stan faktyczny), ale także z protokołu Postępowania. Odwołujący wskazał, że w pkt 4 Protokołu jako wartość szacunkową Zadania 1 (bez VAT) podał 3 111 111,11 zł, natomiast w pkt 11 Protokołu, zawierającym informację nt. kwoty przeznaczonej na sfinansowanie Zadania 1, Zamawiający podaje 3 360 000,00 zł brutto.

Odwołujący wskazał, że: 3.111.111,11 zł x 8% VAT wynosi właśnie 3 360 000,00 zł. Dowodzi to, w ocenie Odwołującego, że sam Zamawiający założył 8% stawkę VAT dla całego Zadania, a więc sam uznawał świadczenie za kompleksowe, podlegające jednej stawce VAT (Dowód: DRUKZP PN dla niniejszego postępowania - w dokumentacji postępowania).

W ocenie Odwołującego, okoliczność, że sam Zamawiający traktuje świadczenia objęte Zadaniem 1 jako usługę kompleksową wynika także z przebiegu poprzedniego postępowania Zamawiającego, obejmującego analogiczny przedmiot zamówienia, w szczególności postępowania na: „Oczyszczanie jezdni na terenie miasta Gliwice w 2017 r.”, znak: ZDM.26.6.2017, prowadzonego w 2017 roku. Zgodnie z Załącznikiem 6 do SIWZ (Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia) zamówienie obejmowało również oczyszczanie (zamiatanie) jezdni (oraz zatok autobusowych miejsc parkingowych wraz z tzw. polami martwymi, itp.) a także oczyszczanie ścian tunelu w mieście Gliwice: "Szczególną ostrożnością i starannością oraz doświadczeniem powinien wykazać się wykonawca przy oczyszczaniu tunelu. Zamówienie polega na oczyszczaniu nawierzchni betonowej tunelu jak i obręczy, barier i elementów jego elewacji na której znajduje się zainstalowany system urządzeń sterujących (...)"

Jak wskazał Odwołujący, w ówczesnym postępowaniu zarówno Dromar jak i ZUKTZ J. W. (składający wówczas ofertę w konsorcjum z Remondis Gliwice Sp. z o.o. oraz Remondis Tarnowskie Góry Sp. z o.o.) złożyli oferty z jednolitą stawką VAT 8% dla całego zamówienia. Zamawiający nie odrzucił wówczas ofert, uznając je za nieobarczone błędem w obliczeniu ceny. Co warto podkreślić, od 2017 roku nie zmienił się stan prawny w zakresie zasad opodatkowania przedmiotu Zamówienia. Przedmiot zamówienia obejmuje te same elementy i w roku 2017 miał, jak i obecnie ma charakter usługi kompleksowej. (dowód - kopia SIWZ, Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia oraz oferty Dromar (wyciąg) oraz konsorcjum ZUKTZ J. W. z Remondis Gliwice Sp. z o.o. oraz Remondis Tarnowskie Góry Sp. z o.o. (wyciąg) dotyczące postępowania na: „Oczyszczanie jezdni na terenie miasta Gliwice w 2017 r.”, znak: ZDM.26.6.2017.)

Znaczenie dla sprawy stanowiska Ośrodka Kwalifikacji i Nomenklatury Urzędu

Statystycznego w Łodzi z dnia 16 maja 2018 r., przedstawionego przez ZUKTZ J. W. wraz z wyjaśnieniami z dnia 3 lipca 2018 roku.

Odwołujący wskazał, że z argumentacji przedstawionej powyżej wynika, że jeszcze na etapie otwarcia ofert Zamawiający sam słusznie zakładał, że przedmiotem zamówienia jest usługa złożona, kompleksowa, której cel wyznacza zapewnienie możliwości korzystania z czystych dróg przez uczestników ruchu drogowego na terenie Gliwic (tj. jezdni oraz tunelu, które

łącznie stanowią elementy drogi w rozumieniu ustawy o drogach publicznych). Obliczył bowiem kwotę przeznaczoną na sfinansowanie Zadania 1 poprzez dodanie 8% VAT do kwoty wartości szacunkowej Zadania. W ocenie Odwołującego, Zamawiający zmienił swe stanowisko po zapoznaniu się z wyjaśnieniami ZUKTZ J. W. z dnia 3 lipca 2018 roku i załączonym do nich stanowisku Ośrodka Kwalifikacji i Nomenklatury Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 16 maja 2018 r.

W ocenie Odwołującego fakt, iż poszczególne usługi, traktowanie rozłącznie, mają różne PKWiU nie oznacza, że nie mogą one w konkretnych okolicznościach stanowić świadczenia kompleksowego, którego celem w tym przypadku jest oczyszczanie drogi, na co składa się czynność czyszczenia jej elementów: jezdni oraz tunelu. Wprost wynika z wyroku NSA w sprawie IFSK 344/15, gdzie sąd wskazał: „Zauważyć też należy, że dla oceny, czy mamy do czynienia ze świadczeniem złożonym nie ma znaczenia, wbrew temu co zarzuca skarżąca, to że Urząd Statystyczny dokonał odrębnej klasyfikacji poszczególnych czynności przedstawionych we wniosku o interpretację. Istotne jest bowiem to, czy w odniesieniu do przedstawionych we wniosku świadczeń można mówić o świadczeniu złożonym (kompleksowym) w rozumieniu wskazanym przez TSUE. Podkreślić przy tym należy, że w orzecznictwie TSUE nie budzi wątpliwości stanowisko, jak to już trafnie zauważył Sąd pierwszej instancji, że ocena w tym zakresie dokonana być powinna z punktu widzenia nabywcy takiego świadczenia (świadczeń). Co istotne sam fakt, że co do zasady niektóre świadczenia objęte zadaniem mogłaby wykonać osoba trzecia dla oceny kompleksowości świadczeń nie ma w tym przypadku większego znaczenia. Co więcej, symbole PKWiU służą identyfikacji towarów i usług, co nie oznacza jednak, że to klasyfikacja statystyczna decyduje o charakterze towaru lub usługi (vide wyrok WSA w Olsztynie z dnia 1 sierpnia 2013 r., sygn. akt I SA/OI 467/13).

Odwołujący dalej wskazał, że fakt, iż opinia klasyfikacyjna organów statystyki publicznej nie jest wiążąca dla organu podatkowego ani podatnika potwierdza też postanowienie NSA z dnia 20 listopada 2006 r., wydane w składzie 7 sędziów w sprawie II FPS 3/06. NSA stwierdził: "(...) w orzecznictwie sądowym przyjmuje się trafnie i zasadniczo jednolicie, iż tzw. opinie klasyfikacyjne organów statystyki publicznej, zawierające interpretacje standardów i nomenklatur statystycznych, nie są formalnie wiążące ani dla organów podatkowych, ani dla podatników. Ponieważ nie są źródłem prawa, prawem czy też aktem administracyjnym tworzącym określone prawa lub obowiązki podatkowe dla ich adresatów, stanowią jedynie dowód w postępowaniu podatkowym, mającym na celu (ewentualne) ustalenie bądź określenie wysokości zobowiązania podatkowego w należytą, zgodną z prawem wysokość, i jak każdy dowód podlegają swobodnej ocenie organu podatkowego, a w razie skargi ocenie sądu administracyjnego kontrolującego w aspekcie zaskarżonej decyzji podatkowej zgodność z prawem postępowania, które doprowadziło do jej wydania (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 stycznia 2000 r. sygn. akt II RN 121/99, OSNAPiUS 2000, Nr 21, poz. 777, wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego: z 10 lutego 1998 r. sygn. akt I SA/Łd 1147/96. LexPolonica; z 8 maja 2002 r. sygn. akt SA/Sz 2279/00. ONSA 2003, z. 4, poz. 130, a także cyt. postanowienie Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 29 maja 2003 r. sygn. akt II SA 2968/02, "Wokanda" 2003, nr 10, s. 38 oraz wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 24 listopada 2005 r. sygn. akt FSK 2693/04. Niepubli.)

W ocenie Odwołującego analizując powyższe nie sposób pominąć, że treść odpowiedzi Ośrodka Kwalifikacji i Nomenklatury Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 16 maja 2018 r., na którą powołał się ZUKTZ J. W. jest w bezpośrednim związku z treścią postawionego przez ZUKTZ J. W. pytania, które nie oddaje istoty przedmiotu Zadania 1, a nawet może być uznane za wprowadzające w błąd. Po pierwsze w swym zapytaniu do Urzędu Statystycznego z dnia 4 maja 2018 roku ZUKTZ J. W. wskazuje na postępowanie przetargowe na: „Utrzymanie czystości na terenie miasta Gliwice w latach 2018-2020 z podziałem na trzy zadania”, nie wskazując, że usługi, których dotyczy pytanie, wymienione w tym pytaniu, objęte są jednym Zadaniem, a nie stanowią zadań osobnych. W pytaniu brak jest jakichkolwiek informacji, które wskazywałyby, że mamy tu do czynienia z pracami, które będą realizowane łącznie, w jednym celu, przez jednego wykonawcę, nie wynika z niego, że tunel jest elementem drogi, brak też informacji o wartościowo / ilościowym udziale poszczególnych prac w całym Zadaniu. Po lekturze otrzymanego pytania Urząd mógł więc odnieść wrażenie, że zapytanie dotyczy niepowiązanych, osobno realizowanych usług, o porównywalnej skali i wartości, co nie odpowiada istocie Zamówienia.

Odwołujący wskazał, że opisując w pytaniu przedmiot usługi w zakresie mycia ścian tunelu ZUKTZ J. W. wskazał, że polega to na „zmywaniu betonowych ścian tunelu jak i obręczy; barier i elementów jego elewacji, na której znajduje się zainstalowany system urządzeń

sterująco - monitorujących przy pomocy myjki ciśnieniowej i wody", podczas gdy OPZ wskazuje m.in.: zamówienie polega na oczyszczaniu nawierzchni betonowej tunelu jak i obręczy, barier i elementów jego elewacji na której znajduje się zainstalowany system urządzeń sterująco-monitorujących. W zależności od zabrudzeń i ich lokalizacji oczyszczania dokonuje się w sposób mechaniczny bądź ręczny przy użyciu maszyn lub narzędzi. Wykonawca musi wykazać się dużą ostrożnością i doświadczeniem w trakcie czyszczenia tunelu z uwagi na występujące systemy (...)."

W ocenie Odwołującego przy tak sformułowanym pytaniu nie może dziwić, że Urząd Statystyczny oceniał wymienione we wniosku usługi indywidualnie i doszedł do wniosku, że mycie ścian tunelu (poz. 3) należy kwalifikować jako nr PKWiU 81.21.10.0. Usługi niespecjalistycznego sprzątania budynków i obiektów przemysłowych. (dowód: pismo ZUKTZ J. W. z dnia 3 lipca 2018 roku wraz załącznikami - w dokumentacji Postępowania).

W ocenie Odwołującego na fakt, że na treść opinii Urzędu Statystycznego z dnia 16 maja 2018 r., na jaką powołuje ZUKTZ J. W. wpływ ma nieprecyzyjne sformułowanie pytania, które nie oddaje w pełni specyfiki usługi wynikającej z OPZ wskazuje też okoliczność, że czyszczenie obiektów inżynierskich było przez ograny podatkowo uznawane za mieszczące się PKWiU 90.00.30-00.00 „Oczyszczanie dróg kołowych, ulic, placów i innych terenów, usuwanie śniegu i lodu" (wg PKWiU z 1997 roku, którego odpowiednikiem w obecnie stosowanej PKWiU z 2008 roku jest PKWiU nr 81.29.12.0 "Usługi zamywania śmieci i usuwania śniegu"). Jak wynika z interpretacji indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 30 listopada 2009 roku, o sygn. ILPP2/443-1154/09-2/EN : „Z opisu sprawy wynika, iż Wnioskodawca świadczy usługi monitorowania i usuwania zabrudzeń zabezpieczonych powłoką anty graffiti na obiektach inżynierskich, odmalowania i zabezpieczenia powłoką antygraffiti obiektów inżynierskich oraz mycia elewacji obiektów inżynierskich. Zainteresowany wskazał, iż dysponuje on opinią Ośrodka Standardów Klasyfikacyjnych Urzędu Statystycznego, w której wskazano, iż ww. usługi mieszczą się w grupowaniu PKWiU 90.00.30-00.00 „Oczyszczanie dróg kołowych, ulic, placów i innych terenów, usuwanie śniegu i lodu". Powyższa opinia dotyczy usług, które nie w pełni pokrywają się z usługami, będącymi przedmiotem niniejszego wniosku. Jednakże w dalszej części wniosku Zainteresowany wskazał, iż w jego opinii przedmiotowe usługi mieszczą się w grupowaniu PKWiU 90.00.30-00.00

W świetle tego stanowiska, że nawet w przypadku uznania, że w sprawie będącej przedmiotem odwołania nie mamy do czynienia z usługą kompleksową (z czym Odwołujący się nie zgadza) usługa mycia ścian tunelu podlegałaby VAT 8%.

W ocenie Odwołującego, pozyskana przez ZUKTZ J. W. opinia Urzędu Statystycznego nie jest formalnie wiążąca i nie stanowi ona przeszkody do rozpoznania w niniejszej sprawie świadczenia podlegającego opodatkowaniu VAT wg stawki 8% właściwej dla PKWiU 81.29.12.0. Tym samym, Dromar obliczył cenę prawidłowo i brak było podstaw do zastosowania wobec oferty Dromar art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Dot. zarzutów w zakresie zaniechania wykluczenia z Postępowania ZUKTZ J. W..

Odwołujący wskazał, że z pkt 9.3. SIWZ (9. Warunki udziału w Postępowaniu; 3. Zdolność techniczna lub zawodowa) wynika, że Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w brzmieniu: "Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał należycie lub nadal wykonuje, co najmniej jedną usługę polegającą na: mechanicznym i ręcznym zamywaniu oraz myciu nawierzchni ulic; o powierzchni dróg min. 3 000 000 m² (w tym powierzchni z asfaltu, betonu i granitu). Zamawiający dopuszcza łączenie doświadczenia z maksymalnie 3 umów realizowanych w tym samym czasie przez okres minimum 1 sezonu letniego".

ZUKTZ J. W. w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp przedłożył Zamawiającemu „Wykaz usług", w którym żadna z usług nie obejmuje nawierzchni o powierzchni min. 3 000 000 m², co oznacza, że zastosowanie znajduje dopuszczane przez Zamawiającego łączenie doświadczenia z maksymalnie 3 umów. Jak wynika wprost z treści warunku, łączenie nawierzchni (która podlegała mechanicznemu i ręcznemu zamywaniu oraz

myciu z różnych usług jest możliwe, jeżeli były one realizowane:

- w tym samym czasie
- przez okres minimum 1 sezonu letniego, tj, w całym sezonie letnim Wykonawca świadczył usługę na min 3 000 000 m2.

Oznacza to, że w okresie co najmniej („minimum”) jednego „sezonu letniego” wykonawca musiał realizować swe usługi (mechanicznego i ręcznego zamywania oraz mycia) na powierzchni ulic min 3 000 000 m2. Zamawiający wyraźnie wskazał tu na „sezon letni”, a nie na jakikolwiek okres trwający określoną ilość czasu np. minimum X miesięcy. Zamawiający wymagał też, by usługa (na min 3 000 000 m2) świadczona była przez okres całego sezonu letniego (albo dłużej) na co wyraźnie wskazuje zapis „w tym samym czasie przez okres minimum 1 sezonu letniego”.

Odwołujący wskazał, że definiując pojęcie "sezonu letniego" w kontekście usług będących przedmiotem zamówienia należy wskazać, że w oczyszczaniu dróg rozróżnia się dwa sezony: letni i zimowy (letnie oczyszczanie dróg oraz zimowe oczyszczanie dróg). Zimowe oczyszczanie odróżnia się od letniego z uwagi na zjawiska odśnieżania, usuwania błota pośniegowego, likwidacji oblodzeń, gołoledzi, szronu, szadzi, konieczności sypania piasku itp. W oczyszczaniu letnim zjawiska te nie występują, występuje natomiast konieczność usuwania liści, chwastów itp. Z tego powodu w okolicznościach przedmiotu zamówienia „sezon letni” postrzegany jest jako okres nie krótszy niż od 1 kwietnia do 31 października.

W ocenie Odwołującego mając na uwadze fakt, iż Zamawiający bierze pod uwagę wyłącznie usługi realizowane w okresie „ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert” rozpatrywane mogą być następujące sezony letnie:

- 1 kwietnia - 31 października 2015 roku
- 1 kwietnia - 31 października 2016 roku
- 1 kwietnia - 31 października 2017 roku.

Tym samym, przez 7 „letnich” miesięcy Wykonawca miał świadczyć swe usługi (obejmujące mechaniczne i ręczne zamywanie oraz mycie) na powierzchni 3 000 000 m2, co oddaje skalę przedmiotu Zamówienia.

Dalej Odwołujący wskazał, że w „Wykazie Usług” ZUKTZ J. W. powołał się na doświadczenie w realizacji 4 usług.

W sezonie letnim 2015 roku:

- W okresie 1.05.2015 - 30.06.2016 realizował usługę nr 1 na powierzchni (wedle oświadczenia ujętego w Wykazie) - 2 000 000 m2.
- W okresie 3.04.2015 - 31.03.2016 realizował usługę nr 4 na powierzchni (wedle oświadczenia ujętego w Wykazie) - około 1117 000 m2.

Jak wynika z powyższego, ZUKTZ J. W. nie wykazał usług, które były realizowane przez okres całego (minimum 1) sezonu letniego 2015.

W sezonie letnim 2016 roku:

W okresie 1.05.2015 - 30.06.2016 realizował usługę nr 1 na powierzchni (wedle oświadczenia ujętego w Wykazie) - 2 000 000 m2.

- W okresie 1.07.2016 - 30.06.2017 realizował usługę nr 2 na powierzchni (wedle oświadczenia ujętego w Wykazie) - 2 000 000 m2.

- W okresie 1.04.2016 - 31.10.2016 realizował usługę nr 3 na powierzchni (według oświadczenia ujętego w Wykazie) - około 1116 000 m².

Oznacza to, że ZUKTZ J. W. wykazał w Wykazie Usług, że realizował 3 umowy obejmujące świadczenie w tym samym czasie usług na 3 000 000 m² w sezonie letnim 2016.

W sezonie letnim 2017 roku

- W okresie 1.07.2016 - 30.06.2017 realizował usługę nr 2 na powierzchni (według oświadczenia ujętego w Wykazie) - 2 000 000 m².

Jak wynika z powyższego, ZUKTZ J. W. nie wykazał usług, które były realizowane przez okres całego (minimum 1) sezonu letniego 2017. Oznacza to, w ocenie Odwołującego, że w przypadku ZUKTZ J. W. wykazanie spełnienia warunku może nastąpić poprzez usługi realizowane w sezonie letnim 2016 tj. usługi 1, 2 i 3 (łącznie), pod warunkiem że usługi te obejmowały:

- wymagany zakres (mechaniczne i ręczne zmiatanie oraz mycie nawierzchni ulic) realizowany na wymaganej powierzchni (min 3 000 000 m² powierzchni dróg) i
- wymagane rodzaje nawierzchni (asfalt, beton i granit).

Wbrew wyraźnemu oświadczeniu ZUKTZ J. W., ujętemu w sporządzonym przez niego oświadczeniu własnym w formie Wykazu Usług, zrealizowane przez niego usługi nie spełniają wymagań Zamawiającego, określonych w pkt 9.3. SIWZ. Sporządzając oświadczenie (Wykaz Usług) o przedstawionej treści ZUKTZ J. W. wprowadził (w wyniku zamierzonego działania, a co najmniej rażącego niedbalstwa) Zamawiającego w błąd (dotyczący informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej), co skutkuje obowiązkiem wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Z ostrożności Odwołujący wskazał, iż nawet uznanie, iż podanie w Wykazie usług nie mających pokrycia w faktach informacji nie było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa z pewnością należałoby je zakwalifikować jako lekkomyślność lub niedbalstwo poprzez przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co wypełnia dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że orzecznictwa wynika, że przez przedstawienie nieprawdziwych informacji (informacji wprowadzających w błąd) należy rozumieć m.in. złożenie przez wykonawcę własnego oświadczenia wiedzy (lub nawet przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego), którego treść pozostaje w sprzeczności z faktami, ich skutkiem zaś winno być pozostawienie podmiotu zamawiającego w błędnym przekonaniu, co do rzeczywistego stanu rzeczy (vide wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 576/17). Kwestia stopnia winy wykonawcy we wprowadzeniu w błąd rozpatrywana jest z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru działalności wykonawcy. Ponad wszelką wątpliwość wszyscy uczestnicy postępowania przetargowego mają obowiązek podawania informacji prawdziwych, co oznacza, iż wykonawcy jako profesjonalści działający na rynku, składając oświadczenia winni byli dochować należytej staranności przy wypełnianiu dokumentów. Jak stwierdziła KIO w wyroku z 12 maja 2017 r., sygn. KIO 782/17: „Ponieważ do czynności zamawiającego i wykonawców podjętych w postępowaniu stosuje się z mocy art. 14 ustawy Pzp przepisy Kodeksu cywilnego, zachowanie wykonawcy polegające na przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd zamawiającego i mogących mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego należy oceniać cywilistycznie, czyli pod kątem dochowania przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia”.

Pojęcie „zamierzone działania” ujęte w będącym przedmiotem zarzutu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp nie wymaga szerszego omówienia a jedynie wskazania, że „jest to świadome zachowanie się podmiotu, zmierzające do wywołania określonych skutków (vide np. wyrok KIO z dnia 2 maja 2017, sygn. KIO 836/17). Pojęcie „rażące niedbalstwo” odnoszone jest natomiast do „naruszenia elementarnych reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności. Ma to być szczególnie negatywna, naganna ocena postępowania dłużnika; stopień naganności postępowania, które

drastycznie odbiega od modelu właściwego w danych warunkach [wyrok SN z 22 kwietnia 2004 r. w spr. II CK 142/03]. Jak wskazano w wyroku SN z 10 marca 2004 r. w spr. IV CK 151/03: "Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowywała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej" (wyrok KIO z dnia 2 maja 2017, sygn. KIO 836/17, wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2015 roku, sygn. KIO 758/15).

W ocenie Odwołującego w niniejszej sprawie nieprawdziwe informacje złożone zostały poprzez ich wyraźne podanie w sporządzanym przez wykonawcę Wykazie Usług, w którym opisywał on realizowane przez siebie zamówienia, co do których dysponuje on pełną wiedzą i pełną dokumentacją. Tym samym nie sposób nie przyjąć, że wprost nieprawdziwe informacje nie zostały tam ujęte wyniku zamierzonego działania, ukierunkowanego na wywołanie u Zamawiającego błędnego przekonania, że ZUKTZ J. W. posiada wymagane doświadczenie, a co najmniej w wyniku rażącego niedbalstwa, w rozumieniu zaprezentowanym powyżej. Z uwagi na charakter podanych informacji i sposób ich prezentacji brak jest jakichkolwiek okoliczności łagodzących, mogących prowadzić do obniżenia stopnia winy składającego oświadczenie.

W odniesieniu do wymaganego zakresu świadczonej usługi (brak mycia):

Odwołujący wskazał, że ZUKTZ J. W. opisując w wykazie usługi nr 1 i 2 (realizowane dla MZZGiK Bytom) wskazał, że zakres prac obejmował „m.in. letnie mechaniczne i ręczne zamykanie oraz mycie nawierzchni ulic na pow. powyżej 2 000 000 m²”. Wykonawca przedstawił też dokumenty referencji dla obu usług, w których to dokumentach brak jest informacji wskazującej, iż zamówienie obejmowało usługę mycia nawierzchni.

W referencji z 4 stycznia 2018 roku dotyczącej usługi nr 1 oraz referencji z 24 maja 2018 roku dotyczącej usługi nr 2 Zamawiający podał, iż usługi obejmowały letnie mechaniczne lub ręczne oczyszczanie nawierzchni. Brak jest tu informacji wskazującej, iż zamówienie obejmowało w ogóle mycie nawierzchni, tym bardziej informacji, że usługa mycia dotyczyła powierzchni powyżej 2 000 000 m². Brak wskazania niniejszej informacji w referencjach wynika z faktu, że zamówienie nie obejmowało mycia nawierzchni. Jak wynika z informacji posiadanych przez Odwołującego Miasto Bytom nie zlecało usług mycia nawierzchni ulic a jedynie ich zamykanie oraz polewanie, a więc w ramach usług nr 1 i 2 ZUKTZ J. W. nie realizował mycia nawierzchni. Wskazać należy, że w branży usług oczyszczania oczywistym jest iż „mycie” i „polewanie” to inne czynności. Czynność mycia to proces do którego wymagane jest wysokie ciśnienie aby uzyskać efekt mycia, zaś przy polewaniu woda jest rozlewana na jezdnię bezciśnieniowo (grawitacyjnie) lub przy użyciu niskiego ciśnienia.

Dalej Odwołujący wskazał, że opisując w wykazie usługę nr 3 (realizowaną dla MZDiM w Jaworznie) ZUKTZ J. W. wskazał, że zakres prac obejmował „m.in. letnie mechaniczne i ręczne zamykanie oraz mycie nawierzchni ulic na pow. (...) około 1116 612 mkw”. Wykonawca przedstawił też dokument referencji z dnia 24 kwietnia 2017 roku, z której wynika, że usługa obejmowała „oczyszczanie mechaniczne i ręczne dróg, ulic i parkingów (...)”. Według dokumentu referencji „mycie” dotyczyło wyłącznie wiat przystankowych („mycie wiat przystankowych (...)). W ocenie Odwołującego brak wskazania w referencji informacji o myciu jezdni wynika z faktu, że zamówienie nie obejmowało mycia nawierzchni. Jak wynika z informacji posiadanych przez Odwołującego Miasto Jaworzno, podobnie jak Bytom, nie zlecało usług mycia nawierzchni ulic.

Dalej Odwołujący wskazał, że opisując w wykazie usługę nr 4 (realizowaną dla MZUiM w Chorzowie) ZUKTZ J. W. wskazał, że zakres prac obejmował „m.in. letnie mechaniczne i ręczne zamykanie oraz mycie nawierzchni ulic na pow. 1 117 921,77 mkw. Wykonawca przedstawił też dokument referencji z dnia 12 maja 2016 roku, z której również nie wynika, że usługa obejmowała czynność mycia nawierzchni. Tak jak w przypadku usług nr 1, 2 i 3 z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, że Miasto Chorzów również nie zlecało usług mycia nawierzchni ulic.

Niezależnie od faktu, że w ocenie Odwołującego żadna z usług nr 1-4, na które powołał się ZUKTZ J. W., nie obejmowała „mycia” wskazać należy, że nawet w przypadku, gdyby okoliczność ta (braku „mycia”) potwierdziła się tylko w odniesieniu do jednej z tych usług (1, 2, 3 lub 4) zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, potwierdziłby się. W ocenie Odwołującego powyższe informacje zostały przedstawione w dokumencie oraz w sposób, który miał Zamawiającego wprowadzić w błąd co do rzeczywistego zakresu świadczonych usług bowiem ZUKTZ J. W. sam świadczy usługi dla MZZGiK Bytom, MZUiM w Chorzowie oraz MZDiM w Jaworznie, zna ich zakres i jest w posiadaniu wszystkich dokumentów dotyczących realizowanych czynności i przebiegu ich realizacji, w tym angażowanych zasobów. Jako profesjonalista w sposób zamierzony, ewentualnie w wyniku rażącego niedbalstwa wskazał w swym oświadczeniu własnym, sporządzonym w formie Wykazu Usług, iż wszystkie 4 ww. usługi obejmowały czynność „mycia” nawierzchni.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, iż nawet uznanie, iż podanie ww. nie mających pokrycia w faktach informacji nie było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa z pewnością należałoby je zakwalifikować jako lekkomyślność lub niedbalstwo poprzez przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co skutkuje potwierdzeniem się zarzutu ewentualnego dot. naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 4 maja 2017 r. (sygn. akt KIO 734/17): „Zgodnie z art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp, wykluczenie wykonawcy z postępowania w oparciu o ten przepis wymaga łącznego wystąpienia następujących przesłanek:

- 1) przedstawienia przez wykonawcę informacji wprowadzających zamawiającego w błąd,
- 2) informacje te mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 3) przedstawienie tych informacji nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy”.

Dalej Odwołujący wskazał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO złożenie przez wykonawcę dokumentów / informacji, które wprowadzają zamawiającego w błąd powoduje skutek bezpośredni polegający na wykluczeniu takiego wykonawcy z postępowania. W powyższym zakresie wykluczona jest możliwość wzywania wykonawcy do uzupełnień lub wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp (vide m.in. wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2017 roku, sygn. akt KIO 1058/17). Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 2 lutego 2018 roku, sygn. KIO 113/18, KIO 116/18: „Rację ma Zamawiający twierdząc, że umożliwienie Odwołującemu uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku doświadczenia w praktyce byłoby tożsame z pozwoleniem mu na zaniżanie dokumentów zawierających informacje nieprawdziwe na prawdziwe i to w sytuacji gdy Zamawiający sam odkrył, że został wprowadzony w błąd. Takie traktowanie przepisów art. 24 ust 1 pkt 16 i 17 Pzp przeczyłoby ich sensowi. Przepisy te stanowią sankcję dla nieuczciwych bądź niedbałych wykonawców. Celem tej regulacji jest zmuszanie wykonawców do zachowywania należytej staranności i uczciwego postępowania wobec zamawiającego, pod rygorem wykluczenia z postępowania. Pozostawienie w postępowaniu wykonawcy, który wprowadził Zamawiającego w błąd, z zastosowaniem art. 26 ust 3 Pzp lub art. 26 ust. 4 Pzp doprowadzałoby do sytuacji, gdy nieuczciwym wykonawcom wręcz opłacałoby się posługiwać nieprawdziwymi informacjami, bo nie wiązałoby się to dla nich z żadnym ryzykiem.”

Z najdalej posuniętej ostrożności Odwołujący wskazał, że nawet w przypadku braku uznania, że czynność sporządzenia i złożenia Zamawiającemu Wykazu Usług o prezentowanej treści nie stanowiło zamierzonego działania ani rażącego niedbalstwa ani nawet lekkomyślności lub niedbalstwa (z czym Odwołujący się nie zgadza) fakt braku czynności „mycia” nawierzchni w usługach zrealizowanych przez ZUKTZ J. W. (w co najmniej jednej z usług spośród realizowanych w sezonie letnim 2016 tj. nr 1 lub 2 lub 3) powodowałby po stronie Zamawiającego obowiązek wezwania ZUKTZ J. W. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, tak by wykazane zostało, że ZUKTZ J. W. w okresie co najmniej jednego „sezonu letniego” realizował z należyłą starannością usługi mechanicznego i ręcznego zamywania oraz mycia dróg na powierzchni min 3 000 000 m². Brak uzupełnienia skutkowałby natomiast obowiązkiem wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 24 ust, 1 pkt 12), zgodnie z którym z

postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do wymaganych rodzajów nawierzchni (brak nawierzchni betonowej oraz granitowej)

Odwołujący wskazał, że ZUKTZ J. W. opisując w wykazie usługi nr 1, 2, 3 i 4 wskazał, że zakres prac obejmował „letnie mechaniczne i ręczne zmiatanie oraz mycie nawierzchni ulic

na pow. (...), w tym powierzchni z asfaltu, betonu i granitu". Tymczasem, jak wynika z informacji posiadanych przez Odwołującego w ramach zamówień 1 i 2, 3 i 4 ZUKTZ J. W. nie świadczył usług polegających na zmiataniu oraz myciu nawierzchni ulic z betonu i/lub granitu, bowiem w miastach, w których świadczone były usługi:

- w ramach zamówień dla miasta Bytom brak było usług dotyczących ulic z betonu oraz granitu;
- w ramach zamówienia dla miasta Jaworzno brak było usług dotyczących ulic z betonu oraz granitu;
- w ramach zamówienia dla miasta Chorzów brak było usług dotyczących ulic z betonu oraz granitu.

Niezależnie od faktu, że w ocenie Odwołującego żadna z usług nr 1-4, na które powołuje się ZUKTZ J. W., wbrew jego wyraźnemu oświadczeniu nie obejmowała zmiatania oraz mycia ulic z betonu oraz granitu wskazać należy, że nawet w przypadku, gdyby okoliczność ta potwierdziła się tylko w odniesieniu do jednej z tych usług (1, 2, 3 lub 4) zarzut naruszenia art. 24 ust 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, potwierdziłby się. Powyższe informacje zostały przedstawione w sposób, który miał Zamawiającego wprowadzić w błąd co do rzeczywistego zakresu świadczonych usług bowiem ZUKTZ J. W. świadczy usługi dla MZZGiK Bytom, MZUiM w Chorzowie oraz MZDiM w Jaworznie, zna ich zakres i jest w posiadaniu wszystkich dokumentów dotyczących zakresu zamówień i przebiegu ich realizacji. Nie bez znaczenia jest tu fakt, że ulice z betonu oraz granitu są w warunkach polskich rzadko stosowane. Jako profesjonalista w sposób zamierzony, ewentualnie w wyniku rażącego niedbalstwa wskazał w swym oświadczeniu własnym, sporządzonym w formie Wykazu Usług, iż wszystkie 4 ww. usługi obejmowały wymagane 3 rodzaje nawierzchni.

Z ostrożności Odwołujący wskazał, iż nawet uznanie, iż podanie ww. nie mających pokrycia w faktach informacji nie było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa z pewnością należałoby je zakwalifikować jako lekkomyślność lub niedbalstwo poprzez przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co skutkuje potwierdzeniem się zarzutu ewentualnego dot. naruszenia art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy Pzp (z uwzględnieniem argumentacji dot. wykładni tego przepisu przedstawionej powyżej).

W ocenie Odwołującego złożenie przez wykonawcę dokumentów / informacji, które wprowadzają zamawiającego w błąd powoduje skutek bezpośredni polegający na wykluczeniu takiego wykonawcy z postępowania - w powyższym zakresie wykluczona jest możliwość wzywania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp (tak - m.in. wyrok KIO z dnia 19/06/2017, sygn. akt KIO 1058/17). Niemniej jednak, z najdalej posuniętej ostrożności Odwołujący wskazał, że nawet w przypadku braku uznania, że czynność sporządzenia i złożenia Zamawiającemu Wykazu Usług o prezentowanej treści nie stanowiła zamierzonego działania ani rażącego niedbalstwa ani nawet lekkomyślności lub niedbalstwa fakt braku występowania nawierzchni ulic betonowej lub granitowej w zamówieniach

realizowanych w sezonie letnim 2016 tj. nr 1 i 2 i 3 powodowały po stronie Zamawiającego obowiązek wezwania ZUKTZ J. W. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, tak by wykazane zostało, że ZUKTZ J. W. w okresie co najmniej jednego „sezonu letniego” realizował z należytą starannością usługi mechanicznego i ręcznego zamywania oraz mycia dróg na powierzchni min 3 000 000 m², w tym powierzchni z asfaltu, betonu oraz granitu. Brak uzupełnienia skutkowało natomiast obowiązkiem wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12), zgodnie z którym z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty:

specyfikację istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenie o zamówieniu nr 2018/S 082 - 184189 na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia i warunków udziału w postępowaniu; (ii) protokół postępowania przetargowego na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania; (iii) ofertę Odwołującego oraz J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Konserwacji Terenów Zielonych J. W. (dalej „Przystępujący”) na okoliczność ustalenia ich treści; (iv) wezwanie do złożenia wyjaśnień skierowane przez Zamawiającego do Odwołującego oraz Przystępującego z dnia 2 lipca 2018 r. wraz z odpowiedziami wykonawców z dnia 6 lipca 2018 r. oraz 3 lipca 2018 r., odpowiednio na okoliczność ustalenia treści wezwania oraz złożonych wyjaśnień; (v) zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 31.07.2018 r. na okoliczność ustalenia wyników postępowania oraz przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego; (vi) opinię Pana M. M., Radcy Prawnego i Doradcy Podatkowego, z dnia 31.07.2018 roku, oferty Dromar (wyciąg) oraz konsorcjum ZUKTZ J. W., ofertę W. z Remondis Gliwice Sp. z o.o. oraz Remondis Tarnowskie Góry Sp. z o.o. (wyciąg), dotyczące postępowania na: „Oczyszczanie jezdni na terenie miasta Gliwice w 2017 znak: ZDM.26.6.2017, scan faktury nr 20/05/2018 r. wraz z protokołem odbioru prac końcowych i rozliczeniem rzeczowo - finansowym za miesiąc kwiecień przekazany przez Miejski Zarząd Zieleni i Gospodarki Komunalnej w Bytomiu, SIWZ dotycząca postępowania na „Realizacja pakietu usług sanitarno - porządkowych i konserwacyjnych na terenie miasta Bytomia”, dokumenty dotyczące realizacji zamówienia na usługę utrzymania czystości i porządku na terenie miasta Jaworzna, faktura VAT SUEZ Północ sp. z o.o. z dnia 31 maja 2018 r. - dokumenty na okoliczność ustalenia prawidłowej stawki podatku VAT; (vii) wniosek do Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w Jaworznie z dnia 6 sierpnia 2018 r. wraz z odpowiedzią z dnia 13 sierpnia 2018 r. na okoliczność ustalenia zakresu usług wykonanych przez Przystępującego; (viii) wnioski do Miejskiego Zarządu Zieleni i Gospodarki Komunalnej w Bytomiu z dnia 7 sierpnia 2018 r. wraz z odpowiedziami z dnia 10 i 14 sierpnia 2018 r., ogłoszenie o zamówieniu nr 2015/S 250-458214 (wyciąg) wraz z formularzem oferty - załącznik nr do SIWZ dotyczącej usługi „Realizacja pakietu usług sanitarno - porządkowych i konserwacyjnych na terenie miasta Bytomia” wraz z fakturami VAT za wykonane czynności w ramach zamówienia - na okoliczność ustalenia zakresu prac wykonanych przez Przystępującego.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Oczyszczanie pasów drogowych na terenie miasta Gliwice w latach 2018 - 2020”, w podziale na 3 zadania. Odwołanie dotyczy Zadania nr 1 „Oczyszczanie jezdni oraz tunelu”.

W pkt 9.3. SIWZ Warunki udziału w Postępowaniu - Zdolność techniczna lub zawodowa) Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazując: „Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał należycie lub nadal wykonuje, co najmniej jedną usługę polegającą na: mechanicznym i ręcznym zamywaniu oraz myciu nawierzchni ulic; o powierzchni dróg min. 3 000 000 m² (w tym powierzchni z asfaltu, betonu i granitu). Zamawiający dopuszcza łączenie doświadczenia z maksymalnie 3 umów realizowanych w tym samym czasie przez okres minimum 1 sezonu letniego”.

Izba ustaliła, że Przystępujący złożył Zamawiającemu „Wykaz usług” i powołał się na doświadczenie w realizacji 4 usług: usługa nr 1 i 2 realizowana na rzecz Miejskiego Zarządu Zieleni i Gospodarki Komunalnej w Bytomiu, usługa nr 3 zrealizowana na rzecz Miejskiego

Zarządu Dróg i Mostów w Jaworznie oraz usługa nr 4 zrealizowana na rzecz Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów w Chorzowie.

Szczegółowy zakres prac, które obejmuje przedmiot Zamówienia (w ramach Zadania nr 1) opisuje pkt 2.1. Załącznika nr 7 do SIWZ tj. Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej: "OPZ"). Przedmiotem Zadania jest mechaniczne i uzupełniające ręczne zmiatanie i zmywanie jezdni, wraz z usunięciem przerostu traw i chwastów, w tym zatok autobusowych i miejsc parkingowych, opasek bezpieczeństwa na jezdniach, na których występują, oczyszczanie powierzchni wykonanych z kostki granitowej, rond, zatoczek pomiarowych,

wywóz zanieczyszczeń, usuwanie skutków nagłych nieprzewidzianych zdarzeń. Zamówienie obejmuje także oczyszczanie tunelu, zarówno jezdni jak i ścian.

W pkt 2.1. g) OPZ Zamawiający opis prace związane z czyszczeniem tunelu. "(...) Zamówienie polega na oczyszczaniu nawierzchni betonowej tunelu jak i obręczy, barier i elementów jego elewacji na której znajduje się zainstalowany system urządzeń sterująco-monitorujących (...)."

Stanowiący Załącznik 6a do SIWZ „FORMULARZ CENOWY - ZADANIE NR 1” skonstruowany został w następujący sposób:

Lp.	Nazwa zadania	Jedn. miary	Przewidywana na ilość miary	Cena jedn. netto	Wartość netto (kol.4 x5)
1	2	3	4	5	6
1	Jednokrotne mechaniczne zmiatanie i uzupełniająco ręczne oczyszczanie całej szerokości jezdni wraz z usunięciem przerostu traw i chwastów również z zatok autobusowych i miejsc parkingowych wraz z tzw. polami martwymi, wysepkami kanalizującymi ruch, azylami dla pieszych oraz separatorami łańcuchowymi, krawężnikami i opaskami bezpieczeństwa oraz mycie w/w wysepek, azyli	100m2	1 620 000,00	-	-
2	Jednokrotne zmywanie jezdni	100m2	162 000,00	-	-
3	Mycie ścian tunelu	100m2	148 800,00	-	-
4	Usuwanie skutków nagłych nieprzewidzianych zdarzeń	Szt.	288,00	-	-
				Razem netto:	
				VAT zł:	
				Razem brutto	-

*Szacunek ilościowy robót, został określony wyłącznie po to aby dać Wykonawcom wspólną podstawę wyceny 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

** Formularz Cenowy należy załączyć do oferty

*** Kwoty z poz. Razem netto, VAT zł, Razem brutto należy przenieść do formularza oferty

W pkt 18 SIWZ „Sposób obliczenia ceny”, Zamawiający wskazał, że podstawą obliczenia ceny jest OPZ - Załącznik nr 7 do SIWZ oraz Wykazy W1, W2, W3, W4. Wykonawca wypełnił, wycenił i załączył do oferty Formularz Cenowy (Załącznik nr 6) dla zadania, na które składa ofertę.

Jak wynika z treści złożonych ofert, Odwołujący i Przystępujący wskazali odmienną stawkę podatku VAT dla poz. 3 „Mycie ścian tunelu”. Przystępujący zastosował stawkę VAT 23%, zaś Odwołujący stawkę VAT 8%.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismami z dnia 2 lipca 2018 r. wezwał zarówno Przystępującego jak i Odwołującego do złożenia wyjaśnień, z czego wynika zastosowana przez poszczególnych wykonawców stawka 8% i 23% VAT dla poz. 3 „Mycie ścian tunelu”. (Dowód - wezwania do wyjaśnień z dnia 2 lipca 2018 roku - w dokumentacji Postępowania).

W odpowiedzi na powyższe zapytanie Odwołujący przedstawił swoje stanowisko wskazujące, iż mamy tu do czynienia ze świadczeniem złożonym/kompleksowym, dla którego świadczeniem głównym jest oczyszczanie jezdni (zamiatanie mechaniczne, oraz uzupełniająco oczyszczanie ręczne), a także zatok autobusowych i miejsc parkingowych wraz z tzw. polami martwymi, wysepkami kanalizującymi ruch, azylami dla pieszych oraz separatorami łańcuchowymi, krawężnikami i opaskami bezpieczeństwa oraz mycie w/w wysepek, azyli dla pieszych, wypiętrzonych wyłączeń z ruchu w obrębie jezdni, wraz z usuwaniem skutków nieprzewidzianych zdarzeń, opodatkowane VAT 8%, dlatego dla całego zamówienia należy zastosować jedną, stawkę. Mycie ścian tunelu stanowi tu świadczenie poboczne, nierozdzielnie związane ze świadczeniem głównym. Na poparcie powyższego Odwołujący przedstawił Opinię podatkową Doradcy Podatkowego oraz wyrok NSA o sygn. I FSK 344/15. (Dowód: pismo Dromar z dnia 6 lipca 2018 roku wraz załącznikami - w dokumentacji Postępowania).

Przystępujący uzasadniając zastosowanie do zamówienia dwóch stawek VAT, w szczególności stawki 23% dla poz. 3 „Mycie ścian tunelu” powołał się na stanowisko Ośrodka Kwalifikacji i Nomenklatury Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 16 maja 2018 r. z której wynika, że mycie ścian tunelu (poz. 3) należy kwalifikować jako nr PKWiU 81.21.10.0 „Usługi niespecjalistycznego sprzątania budynków i obiektów przemysłowych” a zamiatanie jezdni (poz. 1), zmywanie jezdni (poz. 2) oraz usuwanie skutków zdarzeń drogowych (poz. 4) jako PKWiU nr 81.29.12.0 „Usługi zamiatania śmieci i usuwania śniegu”. Na tej podstawie ZUKTZ J. W. uznał, że w ramach zamówienia występują zarówno usługi objęte 8% VAT jak i objęte podstawową stawką tego podatku (23%). (Dowód: pismo Przystępującego z dnia 3 lipca 2018 roku wraz załącznikami - w dokumentacji postępowania)

Pismem z dnia 31 lipca 2018 r. Zamawiającego poinformował wykonawców o wynikach postępowania. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny oraz uznaniem, że Przystępujący obliczył cenę prawidłowo. (Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 31.07.2018 r. najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego).

Izba zważyła co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, w postaci niezyskania zamówienia.

W ocenie Izby zarzuty podniesione w odwołaniu zasługują częściowo na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Izba stanęła na stanowisku, iż Odwołujący błędnie określił w treści złożonej oferty stawkę podatku VAT dla czynności „Mycie ścian tunelu”, a w konsekwencji Zamawiający słusznie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Wskazać należy na wstępie, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeśli zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu. Jako błąd w obliczeniu ceny kwalifikowane jest także przyjęcie do wyliczenia ceny nieprawidłowej stawki podatku VAT. Jak stwierdził SN w uchw. z 20.10.2011 r. OSNC 2012, Nr 4, poz. 44) o porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny, można mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównywania, zostały obliczone przez wykonawców zabiegających o uzyskanie zamówienia publicznego z zachowaniem tych samych reguł. Stąd - w ocenie SN - przy wykonywaniu przez zamawiającego obowiązku zbadania czy oferty wykonawców nie zawierają błędów w obliczeniu ceny, 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 zaakceptować zgody na nieprzewidziane ustawą ograniczenie uprawnień zamawiającego, a w konsekwencji uniemożliwienie mu rzetelnego zbadania przesłanki uzasadniającej wykonanie przez zamawiającego ustawowego obowiązku odrzucenia oferty.

Nie ulega więc wątpliwości, że wskazanie przez wykonawcę błędnej stawki podatku VAT będzie skutkowało odrzuceniem złożonej przez niego oferty. W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący oraz Przystępujący określili w treści złożonych ofert odmienne stawki podatku VAT dla czynności „Mycie ścian tunelu”. Odwołujący czynność tą objął stawką 8%, zaś Przystępujący stawką 23%. Istota sporu pomiędzy stronami sprowadzała się więc do rozstrzygnięcia czy czynności określone przez Zamawiającego w ramach Zadania 1 można uznać za świadczenie kompleksowe i objąć całość świadczenia stawką VAT 8%. Odwołujący bowiem obliczył cenę oferty uwzględniając stawkę VAT - 8% dla całego przedmiotu zamówienia składającego się na zadania nr 1, bez rozbicia na poszczególne czynności składające się na zamówienie. Powołał się przy tym na okoliczność, iż Zadanie nr 1 w całości opodatkowane być winno stawką 8% jako usługa kompleksowa.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. Wskazać należy na wstępie, iż w wyroku ETS w sprawie C-349/96 Trybunał stwierdził, że w celu ustalenia dla potrzeb VAT, czy świadczenie usług obejmujące kilka części składowych należy traktować jako jedno świadczenie, czy też jako dwa lub więcej świadczeń wycenianych odrębnie, należy przede wszystkim wziąć pod uwagę treść przepisu art. 2 (1) VI Dyrektywy, zgodnie z którym każde świadczenie usług powinno być traktowane jako odrębne i niezależne oraz fakt, że świadczenie obejmujące z ekonomicznego punktu widzenia jedną usługę nie powinno być sztucznie dzielone, co mogłoby prowadzić do nieprawidłowości w funkcjonowaniu systemu podatku VAT. Jednocześnie ETS stwierdził, że pojedyncze świadczenie ma miejsce 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. Jedna transakcja występuje w wypadku, gdy dwa lub więcej elementów albo dwie lub więcej czynności, dokonane przez podatnika, są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie tylko jedno niepodzielne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny (wyroki ETS z 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04 oraz z 29 marca 2007 r. w sprawie C-111/05). Podobne stanowisko można znaleźć w krajowym orzecznictwie, gdzie kompleksowość świadczenia oparta jest o podział na świadczenie zasadnicze i pomocnicze (tak m.in. NSA w

uchwale o sygn. akt I FPS 3/10).

Oznacza więc to, iż aby dana usługa mogła zostać uznana za usługę kompleksową wyróżnić należy usługę zasadniczą i usługę/i pomocnicze, zaś ich wzajemne powiązanie jest tak ściśle, że tworzą obiektywnie jedną usługę w aspekcie gospodarczym, a ich rozdzielenie miałyby charakter sztuczny. Z taka sytuacją nie ma jednak do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Kompleksowość usług jakie wykonawca ma zrealizować w ramach Zadania nr 1 nie wynika z dokumentacji postępowania opracowanej przez Zamawiającego, na podstawie której należy określić charakter świadczeń, jakie wykonawca ma zrealizować na

rzecz Zamawiającego. W przypadku zadania numer 1, wbrew temu co twierdzi Odwołujący, Zamawiający wskazał cztery różne cele i cztery różne usługi składające się na zadanie nr 1. W załączniku 6a do SIWZ wyszczególnił bowiem następujące usługi:

- 1) jednokrotne mechaniczne zmiatanie i uzupełniająco ręczne oczyszczenie całej szerokości jezdni wraz z usunięciem przerostu traw i chwastów, również zatok autobusowych i miejsc parkingowych wraz z tzw. miejscami martwymi, wysepkami kanalizującymi ruch, azylami dla pieszych oraz separatorami łańcuchowymi, krawężnikami i opaskami bezpieczeństwa oraz mycie ww. wysepek, azyli dla pieszych, wypiętrzonych wyłączeń z ruchu w obrębie jezdni;
- 2) jednokrotne zmywanie jezdni;
- 3) mycie ścian tunelu;
- 4) usuwanie skutków nagłych, nieprzewidzianych zdarzeń.

Zapisy te wprost dzielą zamówienie i je klasyfikują na odrębne grupy usług, które wykonać ma wykonawca. Każda z tych usług ma odrębny zakres, różny obmiar, różną ilość co dowodzi, że nie będą one wykonywane równocześnie i nie są ze sobą powiązane.

Z OPZ dla zadania 1 wynika bowiem, iż:

- jednokrotne mechaniczne zmiatanie - 1 620 000 w jednostce 100m² = 162 000 000 mkw
- jednokrotne zmywanie jezdni - 162 000 w jednostce 100m² = 16 200 000 mkw
- mycie ścian tunelu - 148 800 w jednostce 100m² = 14 880 000 mkw
- usuwanie skutków nagłych, nieprzewidzianych zdarzeń - 288 w jednostce sztuk = 288 sztuk

Dalej Zamawiający wskazał w SIWZ, iż każda z powyższych usług ma zostać odrębnie wyceniona przez wykonawców, stanowiąc niezależne wartości (ceny jednostkowe) w oparciu o które Zamawiający będzie się rozliczał. Ponadto, w załączniku numer 5a stanowiącego wzór umowy wskazuje się, że wynagrodzenie wykonawcy będzie ustalone metodą kosztorysową, która polega na tym, że wynagrodzenie wykonawcy będzie wynikiem ilości wykonanych faktycznych robót i cen jednostkowych podanych przez wykonawcę w ofercie. (§ 5 ust. 2 umowy).

Z analizy dokumentacji postępowania wynika, że usługi wykonywane w ramach zadania nr 1 nie są ze sobą powiązane technologicznie czy technicznie, wbrew twierdzeniom Odwołującego o konieczności łącznego ich wykonywania. Zamawiający wymagał:

- jednokrotne mechaniczne zmiatanie służyć: zmiatarki uliczne różnych typów wymagane przez Zamawiającego do realizacji zamówienia. Zamawiający do realizacji tego zadania wymagał siedmiu jednostek zmiatających. Urządzenia te służą do oczyszczania nawierzchni, w sposób mechaniczny przy użyciu szczotek, wody, powietrza, cieśnienia powietrza w różnych kombinacjach. Ewentualnie w przypadku znacznego zabrudzenia i koniecznego ręcznego dokonywania oczyszczania zabrudzeń założono do wykonania zamówienia dodatkowe samochody samowyładowcze, dostawcze, a nawet koparko-ładowarkę - 1 sztuka.
- jednokrotne zmywanie jezdni - w SIWZ ustalono, że do wykonania tej czynności wymagana są 3 myjki wysokociśnieniowe z oprzyrządowaniem do mycia nawierzchni mycie ścian tunelu - do wykonania tej czynności wymagana jest zgodnie z SIWZ

zwyżka małogabarytowa - samochód z podnośnikiem koszowym, platforma, a także
Myjak wysokociśnieniowa o ciśnieniu roboczym minimum 100 barów;

- Mycie ścian tunelu odbywa się myjką ze wsparciem podnośnika koszowego, a nie urządzeniami do mycia ulic.

Podkreślić należy, iż w Załączniku nr 7 - OPZ, w zakresie zadania nr 1 Zamawiający wyraźnie wyodrębnił usługę mycia tunelu oraz sposób jej wykonania. Z zawartego w pkt 2.1 (g) opisu w żaden sposób nie wynika, że usługa mycia tunelu jest usługą pomocniczą czy też usługą nierozdzielnie związana z usługą oczyszczania jezdni. Wręcz przeciwnie, usługa ta jest wyodrębniona przez Zamawiającego, który opisał sposób jej wykonania i w żaden sposób nie połączył jej wykonania z pozostałymi świadczeniami, do jakich zobowiązany jest wykonawca.

Okoliczności powyższe uzasadniają twierdzenie, iż brak jest przesłanek do przyjęcia, iż usługi składające się na realizację zadania nr 1 są usługami kompleksowymi, nierozdzielnie połączonymi gospodarczo, zaś ich podział ma charakter sztuczny. O tym czy mamy do czynienia z usługą kompleksową decydują okoliczności konkretnej sprawy. W omawianym stanie faktycznym podstawą ustalenia charakteru usług wchodzących w skład zadania nr 1 są postanowienia SIWZ. Jak zostało wskazane powyżej, z postanowień tych wynika, że w ramach zadania nr 1 wyodrębniono usługę mycia tunelu, które nie jest powiązania ani technologicznie ani technicznie ani czasowo z realizacją innych usług. Nie sposób również wywieść z SIWZ, iż usługa mycia tunelu ma charakter pomocniczy czy uzupełniający. Taki zapis nie został zawarty przez Zamawiającego w SIWZ. Usługi składające się na zadanie nr 1 są wyodrębnione, oddzielnie zlecane i oddzielnie rozliczane w zależności od ilości ich wykonania. Usługa mycia tunelu nie jest niezbędna i nierozdzielnie związana z pozostałymi usługami wskazanymi w zadaniu nr 1.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał dlaczego usługa mycia tunelu jest nierozdzielnie związana z pozostałymi usługami wskazanymi w zadaniu nr 1. Odwołujący odwołała się do pkt 2.1 (g) OPZ, z którego, jak Izba powyżej wskazała, wynika odmienny wniosek, niż ten na który powołuje się Odwołujący. Powyższe postanowienie SIWZ wyodrębnia czynność mycia tunelu i jego ścian i w żaden sposób nie łączy go z oczyszczaniem jezdni. Mycie jezdni tunelu, podobnie jak innych jezdni wskazanych przez Zamawiającego jak i sposób ich wykonania, zostały określone w pkt 2.1 (o) - (t) OPZ. Nie sposób wywieść z tych postanowień nierozłącznego i nierozdzielnie charakteru wykonywanych czynności.

Przywołane przez Odwołującego orzecznictwo może stanowić jedynie wskazówkę do oceny okoliczności przedmiotowego postępowania i charakteru usług objętych zadaniem nr 1. Orzecznictwo to zawiera wytyczne, jakimi należy się kierować oceniając czy dane usługi mają charakter kompleksowy czy nie. Wytyczne te muszą być zawsze przełożone na okoliczności konkretnego stanu faktycznego. Jak Izba wskazała powyższe, orzecznictwo wyraźnie wskazuje, iż w przypadku usług kompleksowych mamy do czynienia ze świadczeniem głównym i pomocniczym, nierozdzielnie gospodarczo ze sobą związanych. W przedmiotowym postępowaniu brak jest podstaw do przyjęcia pomocniczego charakteru usługi mycia tunelu czy też nierozdzielnej więzi gospodarczej pomiędzy usługą oczyszczania jezdni i mycia tunelu. Okoliczności takich Odwołujący nie wykazał, prezentując wyłącznie swoją własną interpretację sposobu rozumienia tez zawartych w przywołanych orzeczeniach. W ocenie Izby obie usługi mogą być odrębnie wykonane, nie są ze sobą współzależne, ani też nie mają wobec siebie funkcji usługi głównej i usługi pomocniczej. Nie

stanowi definicji usługi głównej ta usługa której zakres ilościowy jest większy, największy zakres prac określono w SIWZ. Kompleksowość bowiem odnosi się do konieczności wykonania konkretnych czynności pomocniczych dla osiągnięcia celu głównego. 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. Z taką sytuacją nie mamy zaś do czynienia w przedmiotowym postępowaniu.

Co się zaś tyczy zakwestionowania przez Odwołującego posługiwaniem się klasyfikacji PKWiU, to Izba w całości przychyliła się do stanowiska zaprezentowanego przez Przystępującego. Przepis art. 5a ustawy o VAT wskazuje, że: Towary lub usługi będące przedmiotem czynności, o których mowa w art. 5, wymienione w klasyfikacjach wydanych na

podstawie przepisów o statystyce publicznej, są identyfikowane za pomocą tych klasyfikacji, jeżeli dla tych towarów lub usług przepisy ustawy lub przepisy wykonawcze wydane na jej podstawie powołują symbole statystyczne.

Oznacza to, że jeśli jakkolwiek przepis ustawy o VAT odwołuje się do PKWiU, to wówczas stosuje się te symbole. Orzeczenia przywołane w odwołaniu mające na celu wykazanie, że w orzecznictwie klasyfikacja podatkowa, a przede wszystkim Decyzje Urzędu Statystycznego nie są wiążące, sprowadzają się do wskazania na niższą rangę decyzji administracyjnej jaką jest stanowisko Urzędu Statystycznego od ustawy o VAT, która jest aktem rangi ustawowej i z której ustawy, a nie decyzji musi wynikać podstawa do określenia wysokości podatku. Sądy wskazywały, iż klasyfikacje statystyczne są pomocnicze, a nie formalnie wiążące dla organów podatkowych.

Wystąpienie przez Przystępującego do właściwego organu o udzielenie informacji w zakresie stosowania standardów klasyfikacyjnych według Polskiej Klasyfikacji Wytwarzania i Usług stanowi o dołożeniu staranności wymaganej dla profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego. Nawet przy przyjęciu niewiążącego charakteru stanowiska Urzędu Statystycznego, to ma ono z pewnością charakter pomocniczy i stanowi istotny dowód w sprawie. Odwołujący zaś poza zanegowaniem wiążącego charakteru stanowiska Urzędu, sam nie wystąpił o wydanie takiej decyzji, wskazując wyłącznie podczas rozprawy, iż wystąpił o wydanie indywidualnej interpretacji podatkowej. Nie złożył jednakże do akt sprawy kopii takiego wniosku, który uwiarygodniałby prezentowane twierdzenia.

Nie można również zgodzić się z Odwołującym jakoby pytania, które zostały zadane do Ośrodka Klasyfikacji w Łodzi były nieprawidłowe i nieodnoszące się do przedmiotu zamówienia. Zadane pytanie do dokonania klasyfikacji oddają istotę zadania numer 1 - odzwierciedla pełen zakres prac, jaki mają być wykonany w ramach powyższego zadania.

W zakresie dowodów złożonych Izbie na wykazanie zasadności przyjętej przez Przystępującego stawki VAT, to, w ocenie Izby, dowody te nie potwierdzają takiej okoliczności. Opinia prywatna z dnia 31 lipca 2018 r. p. M. M. jest dokumentem prywatnym przygotowanym na zlecenie Odwołującego w związku z żądaniem złożenia wyjaśnień wystosowanym przez Zamawiającego. Oceniając jej moc dowodową, Izba zwraca uwagę, że zasadniczą część opinii odnosi się do przywołania regulacji prawnych z ustawy prawo o ruchu drogowym oraz orzeczeń Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Wniosek zawarty w opinii sprawozda się do twierdzenia, że oczyszczenie jezdni oraz tunelu - istotnych i nierozdzielalnych pod względem gospodarczym i technicznym elementów drogi w mieście Gliwice powoduje, iż mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym, posiadających wspólny cel tj. oczyszczanie drogi. Izba nie podziela takiego stanowiska. To, iż tunel, zgodnie z ustawą prawo o ruchu drogowym jest obiektem inżynierskim i stanowi element drogi nie może decydować o tym czy mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym. O tym czy mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym decydują bowiem okoliczności faktyczne danej sprawy, które, w ocenie Izby, nie zostały w żaden sposób poddane analizie w przedmiotowej opinii. Autor bowiem nie odniósł się w szczegółowy sposób do zapisów SIWZ do sposobu wykonania poszczególnych usług składających się na zadanie nr 1, do formularza cenowego, sposobu rozliczenia prac wykonanych przez wykonawcę. To te elementy rozstrzygają o charakterze usługi jaką ma wykonać wykonawca, nie zaś uznanie tunelu za element drogi. Nie sposób również zgodzić się z autorem opinii, że o pomocniczym charakterze usługi mycia tunelu świadczy wartość tych robót w cenie za realizację zamówienia. Jak Izba wskazał powyżej, nie jest uzasadniona ocena pomocniczego charakteru usługi wyłącznie przez pryzmat jej udziału w kosztach realizacji zamówienia. Jak wskazano w przywołanym orzecznictwie o pomocniczym charakterze usługi decyduje bowiem to czy usługa ta jest konieczna do wykonania celu głównego. Tego autor opinii nie wykazał. Co się zaś dotyczy uwag dotyczących stanowiska Urzędu Statystycznego, to jak Izba wskazał powyżej, dokument ten jest dowodem w sprawie. Jego treść nie jest determinująca dla rozstrzygnięcia Izby, podobnie zresztą jak dla sądów i podlega ona ocenie dowodowej przez Izbę.

Co się zaś dotyczy dowodu złożonego przez Odwołującego w postaci faktur oraz kosztorysów powykonawczych, to wskazać należy, iż oczyszczanie składek i przejść podziemnych (ścian tunelu w przejściu podziemnym) nie może być uznane za tożsame z myciem i oczyszczaniem tunelu, o którym mowa w przedmiotowym postępowaniu. Sam Odwołujący takiej tożsamości w żaden sposób nie wykazał. Po drugie, nawet gdyby teoretycznie przyjąć, iż Przystępujący czy inny wykonawca zastosował w poprzednich postępowaniach stawkę

VAT 8% do czynności mycia tunelu, to okoliczność ta nie może determinować rozstrzygnięcia Izby, która ma obowiązek zbadać okoliczności konkretnego postępowania przetargowego oraz czynności podjęte przez wykonawców. Po trzecie, w żadnym ze złożonych dokumentów nie ma informacji, iż Przystępujący zastosował stawkę VAT 8% do czynności mycia tunelu, tożsamego czy też zasadniczo podobnego w zakresie i wymaganiach stawianych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że brak jest podstaw do uznania, że swoim działaniem Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, iż w ramach zadania nr 1 mamy do czynienia z usługą kompleksową, w ramach której usługa mycia ścian tunelu stanowi usługę pomocniczą, objętą obniżoną stawką podatku VAT.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp oraz zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy Pzp

Na wstępie należy wskazać, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Wykluczenie wykonawcy z powodu niewykazania spełnienia warunków w postępowaniu winno być poprzedzone procedurą wskazaną przez ustawodawcę w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Zgodnie z przywołaną regulacją Zamawiający wzywa wykonawcę, który nie złożył oświadczeń, o których mowa w oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, do uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w

Oznacza to, iż przed dokonaniem wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek jednokrotnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. Może również wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień co do już przedłożonych przez wykonawcę dokumentów, o których mowa w art. 25

ust. 1 ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu spór pomiędzy stronami sprowadzał się do odmiennej interpretacji postanowień SIWZ dotyczących warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej tj. pkt 9.3 SIWZ, a w konsekwencji odmiennej oceny spełniania przez Przystępującego w/w warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał bowiem, iż Przystępujący nie spełnia powyższego warunku w zakresie wymaganej powierzchni ulic, mycia nawierzchni ulic oraz wymaganego rodzaju nawierzchni ulic. Przystępujący zaś powołał się na odmienną interpretację postanowień SIWZ.

W zakresie wymogu dotyczącego obowiązku wykazania przez wykonawcę doświadczenia dotyczącego mechanicznego i ręcznego zamywania oraz mycia nawierzchni ulic o powierzchni dróg min. 3 000 000 mkw przez okres minimum 1 sezonu letniego, to wskazać należy, że Zamawiający nie zdefiniował w SIWZ pojęcia „okres letni”. Nie zawarł również żadnych wskazówek interpretacyjnych. Zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskazują, iż przy interpretowaniu postanowień SIWZ należy co do zasady stosować literalną wykładnię ich treści, co zapobiega uznaniowości na etapie oceny ofert wykonawców, którzy wyrazili wolę udziału w postępowaniu. Wobec tego przy wykładni znaczenia postanowień SIWZ należy kierować się zwykłym znaczeniem słów, wyrażen i zwrotów, ustalonym z uwzględnieniem reguł znaczeniowych i składniowych języka polskiego. W tym zakresie istotną rolę odgrywa również wykładania celowościowa oparta na zasadzie mówiącej, że opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia musi być związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny, a przede wszystkim ma gwarantować złożenie ofert przez wykonawców posiadających

niezbędną wiedzę i doświadczenie dla realizacji przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby, zgodzić należy się z Przystępującym, iż Zamawiający w żaden sposób nie zdefiniował za pomocą dni lub miesięcy pojęcia „sezonu letniego”. Pojęcie to winno być zatem odnoszone do zakresu usług, jakie wykonawca wykonał w ramach danego zamówienia. Usługi oczyszczania dróg w sezonie letnim i zimowym różnią się bowiem zakresem czynności tj. brakiem w sezonie letnim usługi usuwania śniegu, wywożenia śniegu, posypywania ulic i chodników, czy usuwaniem śliskości. Oznacza to, iż w kontekście warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający winien zbadać charakter usług wykonanych przez poszczególnych wykonawców w ramach wskazanych umów. Nie ma żadnych podstaw do uznania, jak chciałby Odwołujący, iż usługa letniego oczyszczania musi być wykonywana w ściśle określonym przedziale czasowym wskazanym przez Odwołującego tj. od dnia 1 kwietnia do dnia 31 października. Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił i nie wykazał dlaczego właśnie ten okres należałoby uznać za właściwy.

Podkreślić należy, że w przypadku Przystępującego, treść referencji wystawionych przez Miejski Zarząd Zieleni i Gospodarki Komunalnej w Bytomiu (usługa nr 1 i 2 w Wykazie usług) wprost potwierdza, iż Przystępujący wykonywał usługi w sezonie letnim. Podobnie sytuacja występuje w przypadku usługi wykonanej na rzecz Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów w Chorzowie. Co się zaś tyczy usługi wykonanej na rzecz Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w Jaworznie, to usługi te były wykonywane w okresie od dnia 1 kwietnia 2016 r. do 31 października 2016 r., a więc nie ma żadnych wątpliwości, iż dotyczą one okresu letniego 2016 r.

W ocenie Izby Przystępujący wykazał, że spełnia warunek dotyczący wymaganej powierzchni dróg tj. min. 3 000 000 mkw np. poprzez powołanie się łącznie np. na usługę nr 1 oraz 4 w przedłożonym wykazie. Usługi te były wykonywane w tym samym okresie letnim tj. 2015. W konsekwencji, brak jest podstaw do uznania, iż Przystępujący przekazał Zamawiającemu w powyższym zakresie nieprawdziwe informacje, co winno skutkować wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku mycia nawierzchni ulic, to Izba wskazuje, iż przedłożone przez Odwołujące dowody na rozprawie potwierdzają, iż istnieją poważne wątpliwości co do zakresu prac jakie, Przystępujący wykonał na rzecz Miejskiego Zarządu Zieleni i Gospodarki Komunalnej w Bytomiu (usługa nr 1 i 2 w Wykazie usług - Załącznik nr 8). Sporne postanowienie SIWZ stanowi, iż wykonawca musi posiadać doświadczenie związane również z myciem nawierzchni dróg. Przystępujący w złożonym wykazie oświadczył, iż w zakres prac wykonanych w Bytomiu wchodziło również mycie nawierzchni dróg. Jednakże Odwołujący złożył Izbie informacje, jakie otrzymał od Miejskiego Zarządu Zieleni i Gospodarki w Bytomiu, z których wynika, iż zgodnie ze Szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia Przystępujący nie wykonywał usługi „mycia ulic”, ale usługę „polewania ulic” (dowód: pismo z dnia 10 sierpnia oraz 14 sierpnia 2018 r. od Miejskiego Zarządu Zieleni i Gospodarki w Bytomiu, fragment ogłoszenia o zamówieniu nr 2015/S 250-45814, formularz oferty, kosztorys powykonawczy, faktury). Izba uznała powyższe dowody za wiarygodne i na ich podstawie stwierdziła, iż istnieją poważne wątpliwości czy rzeczywiście zakres usług wykonanych przez Przystępującego w Bytomiu obejmowały swoim zakresem również mycie ulic. I o ile zgodzić się należy z Przystępującym, że Zamawiający nie zdefiniował w SIWZ pojęcia „mycie ulic”, to jak Izba wskazała powyżej, w przypadku braku zdefiniowania danego określenia w treści SIWZ należy kierować się zwykłym znaczeniem słów, wyrażań i zwrotów, ustalonym z uwzględnieniem reguł znaczeniowych i składniowych języka polskiego, mając na uwadze zasadę, iż opis sposobu dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia musi być związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny, a przede wszystkim ma gwarantować złożenie ofert przez wykonawców posiadających niezbędną wiedzę i doświadczenie dla realizacji przedmiotu zamówienia.

Tym samym pojęcie „mycie ulic” winno być odniesione do przedmiotu zamówienia oraz wymagań wskazanych w tym zakresie przez Zamawiającego w SIWZ. I tak w Rozdziale II, pkt 2.1 sam Zamawiający określił zakres czynności obejmujących mycie ulic oraz sposób ich wykonania i ten właśnie opis winien stanowić punkt wyjścia do analizy, jaki zakres usług był wykonany przez Przystępującego w ramach realizacji zadań na rzecz Miejskiego Zarządu Zieleni i Gospodarki w Bytomiu. Takiej analizy winien dokonać Zamawiający wzywając po pierwsze Przystępującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień co

wchodziło w zakres usługi „polewania ulic”. Podkreślić również należy, że Zamawiający działający z należytą starannością winien wykorzystać przysługujące mu prawo zwrócenia się do podmiotu wystawiającego referencje z prośbą o przedłożenie kopii umów oraz szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w zamówieniach zrealizowanych przez Przystępującego w celu weryfikacji na podstawie dokumentów źródłowych zakresu prac wykonanych przez Przystępującego. W ocenie Izby, tylko poprzez dokonanie analizy szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia oraz umów, jakie Przystępujący zawarł z Miejskim Zarządem Zieleni i Gospodarki w Bytomiu Zamawiający będzie miał możliwość weryfikacji, jakie czynności i w jaki sposób zostały wykonane przez Przystępującego w ramach realizacji zadań w Bytomiu.

Izba stanęła na stanowisku, że brak przedłożenia Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia oraz kopii umów czyli dokumentów źródłowych opisujących zakres prac wykonanych przez Przystępującego uniemożliwia wszechstronną ocenę czy Przystępujący przekazał Zamawiającemu nieprawdziwe informacje. Zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 wymaga przede wszystkim ustalenia, iż wykonawca przekazał zamawiającemu nieprawdziwe informacje co do spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ustalenie takiej okoliczności musi nastąpić na podstawie całokształtu okoliczności, a przede wszystkim na podstawie odpowiednich dokumentów. Informacje zawarte w pismach złożonych przez Odwołującego stoją w sprzeczności w oświadczeniem złożonym przez Przystępującego w

Wykazie usług. Jednakże w treści pism złożonych przez Przystępującego znajduje się odwołanie do Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, które musi być przedmiotem analizy przed rozstrzygnięciem przez Zamawiającego czy Przystępujący winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 12, 16 czy 17 ustawy Pzp. Wykluczenie Przystępującego na podstawie któregośkolwiek z w/w przepisów w oparciu wyłącznie o odmienność terminologii, bez zbadania zakresu faktycznie wykonanych czynności, których opis zawarty jest w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia oraz umowach zawartych z wykonawcą, byłoby sankcją przedwczesną.

Podobnie w zakresie zarzutu Odwołującego dotyczącego usługi wykonanej na rzecz Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w Jaworznie. Zgodnie z pkt 9.3 SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca legitymował się doświadczeniem w mechanicznym i ręcznym zamykaniu oraz myciu nawierzchni ulic, o powierzchni dróg min. 3 000 000 m² (w tym powierzchni z asfaltu, betonu i granitu). Nie ulega wątpliwości, iż aby spełnić przywołany warunek udziału w postępowaniu wykonawca musi posiadać doświadczenie w mechanicznym i ręcznym zamykaniu oraz myciu nawierzchni ulic wykonanych z asfaltu, betonu i granitu. Odwołujący zakwestionował usługę wykonaną przez Przystępującego na rzecz Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w Jaworznie w zakresie wymaganych nawierzchni. Odwołujący złożył w poczet materiału dowodowego pismo z dnia 13 sierpnia 2018 r. Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w Jaworznie, z którego wynika, że na terenie miasta Jaworzno nie występują drogi wykonane z betonu. W związku z tym istnieją wątpliwości czy w ramach doświadczenia zdobytego podczas realizacji usługi wskazanej w Wykazie usług w Jaworznie Przystępujący rzeczywiście zdobył doświadczenie w mechanicznym i ręcznym zamykaniu i myciu ulic wykonanych z betonu. Zaznaczyć w tym miejscu należy, że Zamawiający nie określił procentowego udziału poszczególnych nawierzchni ulic w wymaganym obszarze realizacji zamówienia ani też technologii wykonania drogi z betonu. W związku z tym nawet znikoma ilość dróg betonowych oczyszczanych i mytych przez Przystępującego warunkowałaby spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Izba uznała, iż z uwagi na sposób sformułowania zapytania przez Przystępującego tj. wskazanie ulic z betonu wykonanych odpowiednią technologią sugerującego, iż chodzi o ulice wykonane w konkretnej technologii, okoliczność czy rzeczywiście Przystępujący w ramach realizacji zamówienia w Jaworznie wykonywał usługę oczyszczania i mycia ulic betonowych winna być przedmiotem dalszego wyjaśnienia przez Zamawiającym zarówno z Przystępującym, jaki i Miejskim Zarządem Dróg i Mostów w Jaworznie. Zamawiający zwrócić się do obu podmiotów o wyjaśnienie zakresu usług, a przede wszystkim o wyjaśnienie czy w ramach realizacji zamówienia Przystępujący wykonywał mechaniczne i ręczne zamykanie i mycie ulic z betonu. W ocenie Izby bez dokładnego wyjaśnienia tej okoliczności wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 czy 17 byłoby przedwczesne. Ani bowiem Przystępujący nie był wezwany przez Zamawiającego do wyjaśnienia powyższej okoliczności ani również sam Zamawiający nie dokonał niezależnego badania zakresu wykonanej usługi. Zamawiający działając na podstawie §2 ust. 6 Rozporządzenia w sprawie dokumentów winien samodzielnie zweryfikować zakres prac wykonanych przez Przystępującego, zwracając się w tym celu do obu podmiotów z odpowiednim wnioskiem o udzielenie informacji, w tym przedstawienie stosownych umów. Uzyskanie powyższych dokumentów pozwoli na rzetelną analizę doświadczenia posiadanego przez Przystępującego.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała za zasadne nakazanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp co do zakresu prac wykonanych zarówno w Bytomiu jak i Jaworznie. W ocenie Izby, również sam Zamawiający winien wystąpić do odpowiednich podmiotów o udzielenie stosowanych wyjaśnień, a przede wszystkim o przedstawienie dokumentów źródłowych, na podstawie których możliwa jest rzetelna analiza zakresu wykonanych prac. W przypadku ustalenia przez Zamawiającego, iż zakres prac wykonanych przez Przystępującego nie pokrywa się z zakresem wskazanym w Wykazie usług wykonawcy, Zamawiający winien rozważyć wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 lub 17 ustawy Pzp, o ile stwierdzi zaistnienie przesłanek do zastosowania przywołanego przepisu.

Co się zaś tyczy argumentacji prezentowanej przez Zamawiającego, to zgodzić się w tym miejscu należy z Zamawiającym, że to wykaz wykonanych usług, stanowiący Załącznik nr 8 do oferty, został złożony na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie zaś referencja. Podkreślić jednakże należy, że oba dokumenty zarówno wykaz, jak i referencja muszą dotyczyć tego samego zakresu robót wykonanych przez wykonawcę w ramach realizacji zamówień, na które się powołuje. Za niedopuszczalną uznać należy sytuację, w której zakres prac określony w wykazie wykonawcy wykracza poza zakres prac wynikających z referencji. I o ile rzeczywiście referencje służą potwierdzeniu należytego wykonania usług, to nie mogą one potwierdzać należytego wykonania prac, które nie zostały przez wykonawcę zrealizowane. Odwołujący zaś uprawdopodobnił, iż z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Z informacji zgromadzonych podczas postępowania odwoławczego wynika, że Przystępujący w ramach inwestycji realizowanej na rzecz Miejskiego Zarządu Zieleni i Gospodarki Komunalnej w Bytomiu realizował usługi obejmujące swoim zakresem polewanie określonych ulic, co nie może być jednoznacznie utożsamiane z usługą mycia ulic. Podobnie w sytuacji realizacji usługi w Jaworznie, gdzie istnieją wątpliwości co do rodzaju nawierzchni oczyszczanych i mytych przez Przystępującego. Samo oświadczenie Przystępującego o posiadaniu wymaganego doświadczenia, wobec dowodów kwestionujących deklarowany przez Przystępującego zakres wykonanych prac, uznać należy za niewystarczające.

W zakresie zarzutów dotyczących usługi nr 4 w Wykazie usług wykonanej na rzecz Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów w Chorzowie, Odwołujący oświadczył podczas rozprawy, iż cofa zarzut. Ponadto Odwołujący oświadczył, że cofa zarzut dotyczący mycia nawierzchni ulic w zadaniu wykonanym na rzecz Miejskiego Zarządu Dróg i Mostów w Jaworznie. W powyższym zakresie rozpatrzenie merytoryczne zarzut uznać należy za bezprzedmiotowe.

Ponadto Izba wskazuje, że w treści odwołania podniesiony przez Odwołującego zarzut dotyczący wymaganej nawierzchni betonowej i granitowej dotyczył wszystkich czterech usług wskazanych w wykazie. Co do usługi w Chorzowie Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutu. Co do usług w Jaworznie, Izba rozstrzygnęła zarzut powyżej. Co się zaś tyczy usług wykonanych w Bytomiu, Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów ani argumentacji zarówno w treści odwołania jak i podczas rozprawy. Poprawienie sformułowany zarzut winien zawierać wskazanie okoliczności faktycznych leżących u źródła jego zasadności. Zarzut nie może opierać się na stwierdzeniu, iż według stanowisko innego wykonawcy konkurent nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Gdyby przyzwolić na taką praktykę można by bezkarnie negować każdego wykonawcę w każdym postępowaniu bez jakichkolwiek podstaw uzasadniających takie działanie. Dlatego też Izba uznała, że zarzut dotyczący wymaganych nawierzchni ulic w zakresie usług wykonanych w Bytomiu został nieprawidłowo sformułowany, bez podania okoliczności faktycznych uprawdopodobniających jego zasadność. Tym samym podlega on oddaleniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu

od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: