

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 30 grudnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu **30 grudnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2013 r.

przez wykonawcę: **Pracownie Zieleni Banach sp. j. z siedzibą w Krakowie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Utrzymanie terenów zieleni Gminy Miejskiej Kraków w latach 2014-2016 z podziałem na obszary I-IV* (nr postępowania 13/XI/2013)

prowadzonym przez zamawiającego: **Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportowej w Krakowie**

**orzeka:**

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze.**
- 2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Pracowni Zieleni Banach sp. j. z siedzibą w Krakowie kwoty 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez tego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejsze postanowienie – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportowej w Krakowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Utrzymanie terenów zieleni Gminy Miejskiej Kraków w latach 2014-2016 z podziałem na obszary I-IV* (nr postępowania 13/XI/2013). Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2013/S\_224-390276 19 listopada 2013 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej, na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”). Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

19 grudnia 2013 r. Odwołujący – Pracownie Zieleni Banach sp. j. z siedzibą w Krakowie – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej odwołanie od zmian postanowień SIWZ opublikowanych 10 grudnia 2013 r., zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 186 ust. 2 – przez niedostosowanie się przez zamawiającego do żądań zawartych w odwołaniu z 28 listopada 2013 r., pomimo złożenia oświadczenia o uwzględnieniu w całości zarzutów w postępowaniu o sygn. akt KIO 2739/13.
2. Art. 7 – przez niezachowanie zasady uczciwej konkurencji.
3. Art. 29 ust. 2 – przez takie określenie przedmiotu zamówienia, które mogłoby utrudniać uczciwą konkurencję.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SIWZ w następującym zakresie {żądania z uwzględnieniem sprostowania zawartego w piśmie z 30 grudnia 2013 r.}:

1. Wykreślenie zapisów XI pkt 5 ppkt 2 {*zabezpieczyć całodobową łączność tj. telefon stacjonarny lub komórkowy oraz fax lub e-mail. W przypadku zleceń pilnych podjąć działania do 1 godziny – zgodnie z umową par. 7 ust. 9*} oraz w załączniku nr 2 – *Istotne postanowienia umowy w § 7 ust. 9 wykreślić zdanie pierwsze {Wykonawca zapewniając ciągły kontakt telefoniczny wykonuje prace interwencyjne niezwłocznie, także w godzinach popołudniowych w dni robocze oraz ustawowo wolne od pracy, w przypadku wyjątkowych sytuacji np. nagłych załamań pogodowych (silne opady, mocny wiatr), ważnych uroczystości miejskich, na podstawie interwencji ZIKiT.}*

2. Zmianę zapisu § 3 ust. 3 zdanie pierwsze załącznika nr 2 – *Istotne postanowienia umowy {Ceny jednostkowe brutto zawarte w ofercie są cenami ostatecznymi i niezmiennymi przez cały okres obowiązywania niniejszej umowy}* – na następujący *{Ceny jednostkowe brutto zawarte w ofercie ulegną zmianie jedynie w razie zmiany podatku VAT w trakcie obowiązywania umowy. Od dnia wejścia w życie przepisów zmieniających stawkę podatku, cena netto zostaje zachowana, a zmianie ulega stawka podatku VAT na stawkę obowiązującą.}* oraz wykreślenie § 3 ust. 12 *{Wynagrodzenie brutto Wykonawcy obejmuje ewentualną zmianę stawki podatku VAT.}*

Odwołujący sprecyzował zarzuty podając następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

Odwołujący wskazał, że w odwołaniu z 28 listopada 2013 r. zażądał wykreślenia zapisu części XI pkt 5 ppkt 2 SIWZ *{Do obowiązków Wykonawcy należy: 2) zabezpieczyć całodobową łączność (fax., tel. stacjonarny, tel. komórkowy, adres e-mail.) w przypadku zleceń pilnych natychmiast je wykonywać.}*. W odpowiedzi na odwołanie z 5 grudnia 2013 r. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, co stało się podstawą do umorzenia przez Krajowa Izbę Odwoławczą postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron. Następnie 10 grudnia 2013 r. Zamawiający opublikował na swoich na stronach internetowych ogłoszenie o zmianie SIWZ, jednakże zapis części XI pkt 5 ppkt 2 SIWZ nie został wykreślony, lecz zmieniony na inny zapis *{zabezpieczyć całodobową łączność tj. telefon stacjonarny lub komórkowy oraz fax lub e-mail. W przypadku zleceń pilnych podjąć działania do 1 godziny – zgodnie z umową par. 7 ust. 9.}*

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający dokonał zmiany zakwestionowanego w odwołaniu zapisu SIWZ w sposób dowolny, niezgodny z żądaniem odwołania, a w konsekwencji nie uwzględnił przedmiotowego zarzutu odwołania, przez co naruszył art. 186 ust. 2 pzp. {Odwołujący przywołał na poparcie swego stanowiska fragmenty uzasadnień orzeczeń Izby: postanowienia z 3 października 2012 r. (sygn. akt KIO 2012/12), wyroku z 4 listopada 2011 r. (sygn. akt KIO 2270/11) i postanowienia z 7 lutego 2012 r. (sygn. akt KIO 170/12)}.

Odwołujący oświadczył, że jako uzasadnienie merytoryczne zarzutu powtarza argumentację podnoszoną w poprzednim odwołaniu, zgodnie z którą w załączniku nr 11 *Zbiorcze zestawienia kosztów* dla obszarów I, II, II, IV nie uwzględniono pozycji: całodobowy dyżur pracowników (mających podejmować pilne działania w terenie) czy też zabezpieczenie łączności całodobowej, zatem Zamawiający przewiduje, że wykonawca będzie świadczył te usługi nieodpłatnie. Odwołujący zarzucił, że ponieważ zamówienia publiczne zgodnie z art. 2

## Sygn. akt KIO 2915/13

pkt 13 pzp stanowią umowy odpłatne zawierane pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, nie można żądać od wykonawcy nieodpłatnego świadczenia usług pełnienia dyżuru całodobowego w części XI pkt 5 ppkt 2 SIWZ.

Odwołujący podkreślił, że nieodpłatne zabezpieczenie łączności całodobowej i nieodpłatny dyżur podlega opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług (VAT) w stawce 23%. Zgodnie z art. 8 ust. 2 pkt. 1) i 2) ustawy o podatku od towarów i usług za odpłatne świadczenie usług, podlegające opodatkowaniu VAT uważa się użycie towarów stanowiących część przedsiębiorstwa podatnika do celów innych niż działalność gospodarcza podatnika oraz wszelkie inne nieodpłatne świadczenie usług do celów innych niż działalność gospodarczą. Nieodpłatne dyżurowanie pracownika celem utrzymania stałej komunikacji z Zamawiającym nie jest związane z działalnością gospodarczą wykonawcy, tym samym podlega opodatkowaniu. Ponadto zgodnie z art. 106 ust. 1 ustawy VAT podatnicy zobowiązani są udokumentować sprzedaż fakturą VAT. Tym samym wykonawca zobowiązany jest stosownie do ustawy o podatku od towarów i usług wystawić fakturę VAT za nieodpłatne utrzymywanie całodobowego kontaktu z Zamawiającym. Odwołujący zarzucił, że okoliczności te nie zostały uwzględnione w SIWZ, której zapisy w tym zakresie pozostają w sprzeczności z ustawą o podatku od towarów i usług.

Zdaniem Odwołującego z uwagi na warunki SIWZ pojawia się znaczący problem z klasyfikacją usług wedle stawki VAT, co prowadzić może, z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, do mylnego określenia stawki VAT przez wykonawców przystępujących do przetargu, a zatem może utrudniać uczciwą konkurencję, co stanowi obrazę przepisu art. 29 ust. 2 oraz art. 7 pzp. Odwołujący podniósł, że w załączniku nr 2 do SIWZ *Istotne postanowienia umowy § 7 ust. 9* powinien zostać dostosowany do SIWZ. Aktualnie ma on brzmienie: *Wykonawca zapewniając ciągły kontakt telefoniczny wykonuje prace interwencyjne niezwłocznie, także w godzinach popołudniowych w dni robocze oraz ustawowo wolne od pracy, w przypadku wyjątkowych sytuacji np. nagłych załamań pogodowych (silne opady, mocny wiatr).ważnych uroczystości miejskich, na podstawie interwencji ZIKiT. Wykonawca każdorazowo ponosi pełną odpowiedzialność wynikającą z tej interwencji, za nienależyte wykonanie zadania.* Odwołujący zarzucił, że w związku z wykreśleniem z SIWZ zapisu o łączności całodobowej stosowny zapis umowy winien być dostosowany do zmienionej treści SIWZ. Nie może mieć miejsca sytuacja, w której zapisy umowy będą niezgodne z SIWZ w zakresie, który został skutecznie zaskarżony przez wykonawcę, a zmiana uwzględniona przez Zamawiającego, gdyż wywołuje to wątpliwości u wykonawców, które rozstrzygnięcie odnośnie stawki VAT jest obowiązujące. Odwołujący

stwierdził, że narusza to art. 29 ust. 2 oraz art. 7, gdyż zasada uczciwej konkurencji ma zapobiegać stawianiu nadmiernych i nieuzasadnionych wymogów, które utrudniałyby dostęp do zamówienia i tym samym ograniczały albo eliminowały konkurencyjność postępowania.

Odwołujący wskazał, że również zapis części 1 pkt 1 lit. f pierwotnego brzmienia SIWZ *{Wykonawca zobowiązany jest tak skalkulować w ofercie ceny brutto, aby uwzględniały on ewentualną zmianę podatku VAT w przyszłości. Ceny brutto podane w ofercie nie ulegają zmianie przez cały okres realizacji umowy.}* został zakwestionowany w poprzednim odwołaniu. Zamawiający uwzględnił zarzuty i zmienił ten zapis zgodnie z żądaniem odwołującego *{W razie zmiany podatku VAT w trakcie obowiązywania umowy, zamawiający dopuszcza możliwość zmiany umowy w tym zakresie od dnia wejścia w życie przepisów zmieniających stawkę podatku, tj. cena netto zostaje zachowana, a zmianie ulega stawka podatku VAT na stawkę obowiązującą.}*, lecz zachowany został zapis § 3 ust. 3 zdanie pierwsze załącznika nr 2 do SIWZ – *Istotne postanowienia umowy {Ceny jednostkowe brutto zawarte w ofercie są cenami ostatecznymi i niezmiennymi przez cały okres obowiązywania niniejszej umowy.}* Odwołujący zarzucił, że zasady uczciwej konkurencji wymagają, aby zapisy w SIWZ i załącznikach były tożsame. Podobne zastrzeżenia Odwołujący zgłosił co do zapisu § 3 ust. 12 *{Wynagrodzenie brutto Wykonawcy obejmuje ewentualną zmianę stawki podatku VAT.}*. Odwołujący podsumował, że czynność zamawiającego polegająca na zmianie zapisu o stawce VAT wywołała konieczność zmiany zapisu istotnych postanowień umowy. W ocenie Odwołującego brak uwzględnienia tego zarzutu mógłby skutkować naruszeniem art. 140 ust. 1 pzp, zapewniającego jedność zobowiązania umownego ze zobowiązaniem ofertowym, a w konsekwencji – nieważnością części umowy.

23 grudnia 2013 r. Zamawiający poinformował, że 20 grudnia 2013 r. kopia odwołania została przesłana faksem pozostałym uczestnikom postępowania. drogą elektroniczną oraz listem poleconym. Izba ustaliła, że w tym samym dniu Zamawiający umieścił także kopię odwołania na swojej stronie internetowej, informując wykonawców o możliwości zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

23 grudnia 2013 r. faksem (30 grudnia 2013 r. w formie pisemnej) wpłynęła do Prezesa Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że – zgodnie z art. 186 ust. 1 ustawy pzp – uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu

i wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron – na podstawie art. 186 ust. 2 pzp. Zamawiający zobowiązał się również do dokonania zmian s.i.w.z. zgodnych z żądaniami odwołania.

Odpowiedź na odwołanie podpisała osoba pełniąca stanowisko Dyrektora Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie.

**W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:**

Skuteczne skorzystanie przez którąkolwiek ze stron postępowania odwoławczego z przysługującej jej tzw. czynności dyspozytywnej (uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego, cofnięcia odwołania przez odwołującego) – powoduje zakończenie postępowania odwoławczego bez merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Zamawiający wyraził w piśmie z 23 grudnia 2013 r. w sposób niebudzący wątpliwości wolę uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Izba zważyła, że dla wywarcia skutku postaci umorzenia postępowania odwoławczego konieczne i wystarczające jest uwzględnienie przez zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast dalsze czynności, które zamawiający podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w ramach ustalenia zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego.

Wobec stwierdzenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, a po jego stronie żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 w zw. z art. 192 ust. 1 zd. 2 ustawy pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez udziału Stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, że ponieważ uwzględnienie w całości zarzutów odwołania nastąpiło przed otwarciem posiedzenia, z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący: .....**