

Sygn. akt: KIO/UZP 854 /08

WYROK
z dnia 2 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Barbara Bettman

Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 sierpnia 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o. ul. Krakowska 71/73, 50-126 Wrocław** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Wrocław, Urząd Miejski Wrocławia pl. Nowy Targ 1/8, 50-141 Wrocław** protestu z dnia **30 lipca 2008 r.**

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz XXX - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje Zamawiającemu ponowne badanie i ocenę ofert**

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Wrocław, Urząd Miejski Wrocławia pl. Nowy Targ 1/8, 50-141 Wrocław** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o. ul. Krakowska 71/73, 50-126 Wrocław**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Wrocław, Urząd Miejski Wrocławia pl. Nowy Targ 1/8, 50-141 Wrocław** na rzecz przez **Dolnośląskich Linii Autobusowych Sp. z o.o. ul. Krakowska 71/73, 50-126 Wrocław** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Dolnośląskie Linie Autobusowe Sp. z o.o. ul. Krakowska 71/73, 50-126 Wrocław**.

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Wrocław, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest świadczenie usług przewozowych w ramach miejskiego transportu zbiorowego organizowanego przez Gminę Wrocław na terenie Wrocławia i Gminy Czernica.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej „ustawą”.

Ogłoszenie o postępowaniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 kwietnia 2008 roku pod nr 2008/S 80-1 08717.

Zamawiający, w wyniku ponownej oceny i badania ofert, dokonanej zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, pismem z dnia 23 lipca 2008 roku poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum Sevibus Polska Marcinkowski i Sip Sp. komandytowo – akcyjna oraz Bus Marco Polo Wratislavia 1992 sp. z o.o. (zwane dalej Konsorcjum) oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Czynność ta została oprotestowana przez Odwołującego – Dolnośląskie Linie Autobusowe w dniu 30 lipca 2008 roku.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że dokumenty przedłożone przez wybrane Konsorcjum w wyniku wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy nadal nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt VII pkt 3 siwz dotyczącego wymaganego doświadczenia.

Zamawiający wymagał bowiem, że „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy z należytą starannością zrealizowali lub realizują w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w ciągu kolejnych 12 miesięcy tego okresu - usługi transportu zbiorowego w ramach przewozów regularnych o łącznej wielkości pracy przewozowej nie mniejszej niż 300.000 wozokilometrów”. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku Zamawiający wymagał przedłożenia wykazu zrealizowanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również realizowanych w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w ciągu kolejnych 12 miesięcy tego okresu - usług transportu zbiorowego w ramach przewozów regularnych o łącznej wielkości pracy przewozowej nie

mniejszej niż 300.000 wozokilometrów (wkm) wraz z załączeniem dokumentów, że usługi te były zrealizowane należycie.

Na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, wybrane Konsorcjum ponownie złożyło załącznik nr 3, gdzie w poz. 2 dodano „usługi transportu drogowego zbiorowego w ramach przewozów regularnych”, realizowane w okresie od 1.01.2007 do 31.12.2007, których wielkość pracy przewozowej została określona na 400 000 wkm.

Odwołujący wskazuje, że z załączonego listu referencyjnego wystawionego przez ORBIS Transport Sp. z o.o. na potwierdzenie należytego wykonania usługi wymienionej w poz. 2 uzupełnionego załącznika nr 3 wynika, że usługa przewozu regularnej komunikacji była wykonywana w okresie od czerwca 2003 roku do października 2007 roku

Odwołujący wywodzi zatem, że przedłożony przez Konsorcjum list referencyjny nie potwierdza należytego wykonania usług wskazanych w poz. nr 2 załącznika nr 3. Biorąc bowiem pod uwagę wskazane w obu dokumentach okresy trwania usługi Odwołujący stwierdził, iż uzupełnione referencje potwierdzają co najwyżej częściowe należyte wykonanie wskazanego zamówienia tj. w okresie 10, a nie jak wymagał tego zamawiający 12 miesięcy. Ponadto bez znaczenia dla powyższej okoliczności jest fakt, iż Orbis Transport w liście referencyjnym oświadczył, iż „w okresie 2005, 2006 i 2007 roku Bus Marco Polo Wratlavia 1992 Sp. z o.o. wykonała na wskazanych trasach łączną ilość 1.380.000 km”.

W ocenie Odwołującego z oświadczenia tego nie wynika, czy usługi we wskazanych latach były świadczone w sposób ciągły przez kolejne 12 miesięcy i czy podczas tego okresu Wykonawca wykonał pracę w ilości wymaganych wozokilometrów.

Odwołujący wskazał również, iż wybrane Konsorcjum nie spełnia warunku posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę nie mniejszą niż 500 000 PLN.

Wykonawca spółka Sevibus, wchodzący w skład Konsorcjum, dla którego został wystawiona załączona do oferty Polisa ubezpieczeniowa OC nr 0564336, prowadzi działalność w zakresie świadczenia usług przewozowych w ramach miejskiego autobusowego transportu zbiorowego, co wynika wprost z odpisu KRS - transport lądowy, pasażerski, miejski i podmiejski - EKD 49.31 Powyższe oznacza, iż aby spełnić określony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu, z polisy tej wynikać powinno, iż wykonawca posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie transportu lądowego osób. Załączona do oferty polisa ubezpieczeniowa PZU „potwierdza zawarcie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością lub posiadaniem mieniem w zakresie (...) transport lądowy z wyłączeniem transportu kolejowego i transportu osób”.

W ocenie Odwołującego również przedstawione w wyniku wezwania do uzupełniania dokumenty tj. oświadczenie PZU S.A. Inspektoratu w Zgorzelcu z dnia 23 czerwca 2008 r. do polisy potwierdzającej zawarcie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej nr AG 0564336 oraz pismo Domu Brokerskiego EM BROKERS Sp. z o.o. z dnia 15 lipca 2008 r. (świadczącego usługi pośrednictwa ubezpieczeniowego na rzecz Sevibus sp.zo.o.) nie potwierdzają spełnienia warunku. Dokumenty te, zdaniem Odwołującego stanowią jedynie oświadczenia osób zawierające niewiążącą interpretację dotyczącą zakresu ubezpieczenia wynikającego z przedłożonej do oferty polisy.

Odwołujący wywodzi, że załączone na wezwanie Zamawiającego oświadczenie nie jest dokumentem potwierdzającym ubezpieczenie, o którym mowa w rozporządzeniu z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Ponadto Odwołujący wskazuje na przepis art. 801 kodeksu cywilnego, z którego wynika, że umowa ubezpieczenia powinna być stwierdzona przez zakład ubezpieczeń w formie polisy, legitymacji ubezpieczeniowej, tymczasowego zaświadczenia albo innym dokumentem ubezpieczenia. Ponadto w świetle obowiązujących przepisów prawa, nie można rozszerzyć zakresu ubezpieczenia, wynikającego z polisy, czynność taka jest możliwa jedynie w drodze sporządzenia odpowiedniego aneksu do polisy.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że załączone oświadczenie PZU S.A. nie może być uznane za dokument potwierdzający fakt posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, bowiem nie odpowiada on ustawowym wymogom stawianym wobec treści polis i innych dokumentów potwierdzających zawarcie umowy ubezpieczenia, określonych w art. 141 ustawy z dnia 22 maja 2003 roku o działalności ubezpieczeniowej.

Odwołujący podniósł również, że żądanie uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy może być czynnością jedнокrotną i nie może być powtórzone, a przepis ten ma charakter wyjątkowy i nie może być nadużywany, zatem nie jest możliwe ponowne wezwanie konsorcjum do uzupełnienia wykazu wymaganego doświadczenia oraz polisy ubezpieczeniowej. Na poparcie tego stanowiska powołał wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 sierpnia 2006 roku Sygn. Akt V Ca 806/06.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego, wskazał on na wstępie, że Zamawiający nie mógł odrzucić jego oferty, bowiem wykonując czynności zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu z dnia 17.06.2008 r., zobowiązany był jedynie do powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie żądań, które uwzględnił.

Uzasadniając merytorycznie swoje stanowisko, Odwołujący wskazał, że usługa drukowania, sprzedaży i kontroli biletów nie jest nierozzerwalnie związana z usługą autobusowego transportu publicznego, można bowiem założyć, że usługa ta jest wykonywana przez inny

podmiot, niż podmiot wykonujący usługę przewozową, objętą preferencyjną stawką VAT. Zatem twierdzenie Zamawiającego, że dla obu wymienionych usług należało wskazać jednakową preferencyjną stawkę VAT jest pozbawione podstaw faktycznych i prawnych. Odwołujący podniósł, że stosowanie stawek preferencyjnych jest wyjątkiem dopuszczonym przez ustawę z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług i nie może być interpretowane w sposób rozszerzający.

Odwołujący przywołał orzecznictwo ETS w tej kwestii, z którego wynika, że zastosowanie jednej stawki VAT znajduje uzasadnienie, gdy dwie lub więcej czynności są ze sobą ściśle powiązane i w danym aspekcie gospodarczym stanowią jedną całość a ich rozdzielanie miałyby charakter sztuczny - wówczas wszystkie te czynności stanowią jednolite świadczenie do celów stosowania podatku VAT (wyrok z 27.10.2005 sygn. akt. C 41/4).

W sytuacji natomiast, gdy w danej dostawie można w sposób nie budzący wątpliwości wydzielić usługę główną, objętą preferencyjną stawką podatku VAT oraz inne usługi „które nie są objęte stawką preferencyjną VAT to wówczas od towarów, które nie są objęte stawką preferencyjną należy pobrać podatek VAT według stawki podstawowej”.

Odwołujący na poparcie swojego stanowiska odwołał się także do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), gdzie w sposób jednoznaczny formułując dwa odrębne kryteria oceny ofert, Zamawiający dokonał wyłączenia usługi polegającej na drukowaniu, sprzedaży i kontroli biletów. Istotne dla oceny ofert było podanie prawidłowo określonej ceny (a zatem także stawki podatku VAT) za każdą usługę z osobna, ponieważ każda z nich jest oddzielnie oceniana w ramach przyjętych kryteriów oceny ofert i każda z nich jest oddzielnie rozliczana na etapie realizacji zamówienia.

Ocenie ofert nie podlegała cena łączna za obie usługi, a wyłącznie ceny jednostkowe za 1 wozokilometr autobusem B i S oraz cena jednostkowa za druk, sprzedaż i kontrolę biletów dla 1 wozokilometra.

Inne rozumienie ceny, w ocenie Odwołującego powodowałoby konieczność unieważnienia postępowania na podstawie 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, gdyż Zamawiający nie określił ceny w rozumieniu ustawy jako kryterium oceny ofert.

Z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał, iż odwołanie zostało poprzedzone protestem, który dotyczył nowych czynności Zamawiającego, które nie były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą, a mianowicie odrzucenia oferty Odwołującego i oceny uzupełnionych przez Konsorcjum dokumentów oraz uznania jej powtórnie za najkorzystniejszą.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 30 lipca 2008 roku, pismem z dnia 31 lipca 2008 r. Konsorcjum Sevibus Polska Marcinkowski i Sip S.K.A. oraz Bus Marco Polo

Wratislavia 1992 sp. z o.o., którego oferta została uznana za najkorzystniejszą przystąpiło do postępowania protestacyjnego, wykazując swój interes prawny i wnosząc o oddalenie protestu.

W uzasadnieniu Przystępujący wskazał, że celem ustawy prawo zamówień publicznych jest zapewnienie należytego wydatkowania środków publicznych, zaś skrajny formalizm i literalność wykładni mogą prowadzić do sytuacji, że środki publiczne nie będą wydatkowane w sposób oszczędny. Wybór zaś oferty Odwołującego, droższej o prawie półtora miliona od oferty Przystępującego będzie stanowił naruszenie art. 5 kodeksu cywilnego. Przystępujący poddał w wątpliwość okoliczność, czy Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania i wskazał, że przyczyną składania środków ochrony prawnej jest „chęć zablokowania podpisania umowy z Przystępującym”.

W odniesieniu do zarzutu niespełnienia warunku wymaganego doświadczenia Przystępujący podkreślił, że referencje mają na celu potwierdzenie jedynie należytego wykonania usługi, co jednoznacznie wynika z listu wystawionego przez Orbis Transport Sp. z o.o. Potwierdzenie zaś innych elementów tj, rodzaju, wartości, przedmiotu, dat wykonania następuje przez złożenie oświadczenia w postaci wykazu usług. Zatem analizowanie wykazu łącznie z wykazem jest nieuzasadnione.

Przystępujący wyjaśnił, że w uzupełnionym na wezwanie wykazie usług w poz. 2 omyłkowo podano okres 1.01.2007 do 31.12.2008, zamiast 1.01.2006 do 31.12.2006, jednak uważa że jest to oczywista omyłka pisarska, nie mająca wpływu na wybór oferty.

Dodatkowo wskazał, że w wykazie Konsorcjum oświadczyło, że realizowało usługi transportu drogowego zbiorowego w ramach przewozów regularnych w okresie 1.01.2005 do 31.12.2007, a zatem w okresie dłuższym niż 12 miesięcy i nie jest istotne, który okres 12 miesięczny wskazał Wykonawca w wykazie usług. Zamawiający wymagał bowiem wykazania jednego 12- miesięcznego okresu. W ocenie Przystępującego warunkiem udziału w postępowaniu było wykazanie się realizacją usług o łącznej wielkości nie mniejszej niż 300 000 wkm w ciągu kolejnych 12 miesięcy 3 - letniego okresu przy czym usługi te nie musiały być wykonywane przez cały 12-miesięczny okres. Zatem, jeśli nawet Przystępujący jak omyłkowo wskazał, zrealizował usługę w okresie od 1.01.2007 do 31.12.2007 to realizując wielkość 400 000 w km w okresie krótszym niż to wskazał Zamawiający, spełnił wymagany warunek udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego ubezpieczenia oc, Przystępujący przywołał treść § 1 ust. 3 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów, z którego wynika że na potwierdzenie spełniania warunku znajdowania się w sytuacji finansowej i ekonomicznej zapewniającej wykonanie zamówienia, Zamawiający może żądać obok polisy także innego

dokumentu, potwierdzającego że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności w zakresie prowadzonej działalności. Zgodnie zaś z art. 809 § 1 kodeksu cywilnego ubezpieczyciel zobowiązany jest potwierdzić zawarcie umowy dokumentem ubezpieczenia, umowa ubezpieczenia dla swej ważności nie wymaga zachowania szczególnej formy, może być zawarta również ustanie. Polisa, legitymacja ubezpieczeniowa, tymczasowe zaświadczenie, oświadczenie albo inny dokument, potwierdzający zawarcie umowy ubezpieczenia są wystawiane jedynie w celach dowodowych.

Przystępujący wyjaśnił, że umowa została zawarta poprzez przyjęcie przez Ubezpieczyciela wniosku ubezpieczeniowego, a jej zawarcie zostało potwierdzone polisą AG 0564336 z dnia 20 maja 2008 roku oraz oświadczeniem do polisy z dnia 23 czerwca 2008 roku. Zatem Przystępujący wykazał, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w wymaganym zakresie i formie.

W ocenie Przystępującego nie było konieczności składania aneksu do polisy, bowiem umowa łącząca strony nie uległa żadnym zmianom czy uzupełnieniom, od samego początku obejmowała ona zakresem działalność dotyczącą transportu lądowego łącznie z transportem osób. Wyjaśnił także że PZU odmówiła wystawienia nowej polisy, gdyż byłaby to polisa o tej samej treści.

Przystępujący wskazał, że przepis art. 141 ustawy o działalności ubezpieczeniowej nie może mieć zastosowania, bowiem odnosi się on wyłącznie do oddziałów zagranicznych zakładów ubezpieczeń oraz podmiotów z państw członkowskich Unii Europejskiej, które świadczą w Polsce usługi ubezpieczeniowe. PZU jako zakład polski nie jest zobowiązany do stosowania art. 141 ustawy o działalności ubezpieczeniowej.

W zakresie podania błędnej stawki podatku VAT Przystępujący podniósł, że przedmiotem zamówienia publicznego jest kompleksowe świadczenie usług przewozowych w ramach miejskiego autobusowego transportu zbiorowego. Między stronami dojdzie do zawarcia umowy przewozu, o której mowa w art. 774 kodeksu cywilnego. Z treści art. 18 b ust. 1 pkt 4 ustawy o transporcie drogowym Przystępujący wywiódł, jedną z zasad jest pobierania należności za przejazd, bilet zaś jest jedynie formą potwierdzenia zawarcia umowy przewozu między przewoźnikiem a pasażerem. Zatem drukowanie, sprzedaż i kontrola biletów są czynnościami niezbędnymi do prawidłowego wykonywania przewozów regularnych w krajowym transporcie drogowym, jest to czynność nierozdzielnie związana z usługą przewozową. Ponadto Odwołujący podając stawkę VAT, którą przyjął do kalkulacji oferty podał jedynie 7 % stawkę VAT .

Zatem w ocenie Przystępującego czynność odrzucenia oferty Odwołującego była zgodna z przepisami ustawy.

Zamawiający pismem z dnia 6 sierpnia 2008 roku protest w całości oddalił.

Argumentując swoje stanowisko Zamawiający wyjaśnił, że uzupełniony przez Przystępującego wykaz usług spełnia wymagania, bowiem w liście referencyjnym znajduje się stwierdzenie, że „ w okresie 2005, 2006, 2007 roku Bus Marco Polo Wratistavia 1992 Sp. z o.o. wykonywała na powyższych trasach łączną ilość ok. 1 380 000 km”, a więc usługa trwała nieprzerwanie przez okres 3 lat. Każdy wskazany w wykazie czy liście referencyjnym okres 12 miesięcy świadczonej usługi mieści się w ramach czasowych określonych przez Zamawiającego.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zakresu ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej Zamawiający kierując się wykładnią celowościową uznał za wystarczające oświadczenie Inspektoratu PZU, potwierdzające, że zakresem ubezpieczenia jest również objęty transport lądowy włącznie z transportem osób.

W zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że zgodnie z formularzem oferty wykonawcy winni określić cenę jednostkową netto i brutto za 1 wozokilometr świadczonej usługi przewozowej oraz zawarty w niej kosztu druku, sprzedaży i kontroli biletów dla 1 wozokilometra. Zamawiający przywołał postanowienia siwz w dziale X. Jako kryteria oceny ofert podał dwie ceny jednostkowe: cenę za 1 wozokilometr usługi przewozowej oraz cenę druku, sprzedaży i kontroli biletów dla 1 wozokilometra, których ceny są składnikami łącznej ceny jednostkowej brutto czyli ceny 1 wozokilometra wraz z drukiem, sprzedażą i kontrolą biletów dla autobusu typu B i S. Zgodnie z CPV 60.11.22.00-08 przywołanym w siwz przedmiotem zamówienia jest usługa autobusowego transportu publicznego i jako taka usługa korzysta z preferencyjnej stawki VAT w wysokości 7% (załącznik nr 3 poz. 142). Usługa drukowania nie jest usługą samoistną, ale jedną z wielu w tym postępowaniu, które są nierozdzielnie związane z podstawowym świadczeniem przewozu autobusowego, zatem korzystają one z preferencyjnej stawki podatku VAT.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego Odwołujący wniósł w dniu **11 sierpnia 2008 roku** odwołanie, w którym zarzucił naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy ,
2. art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 5 ustawy.
3. art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy.

Podtrzymując argumentację zawartą w proteście wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

3. dokonania czynności wykluczenia wykonawcy Konsorcjum SEVIBUS i odrzucenia jego oferty,
4. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
5. dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący przekazał kopię odwołania w dniu 11 lipca 2008 roku Zamawiającemu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego pismem z dnia 14 sierpnia 2008 roku przystąpiło Konsorcjum Sevibus Polska Marcinkowski i Sip S.K.A. oraz Bus Marco Polo Wroslawia 1992 sp. z o.o., podtrzymując swoje stanowisko przedstawione w przystąpieniu do protestu i wnosząc o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska pełnomocników stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie skład orzekający Izby stwierdził, że Odwołujący jako podmiot, którego oferta została odrzucona z udziału w postępowaniu, posiada interes prawny w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy, uprawniający go do złożenia odwołania.

Skład orzekający uznał, że Zamawiający dokonując ponownego badania i oceny ofert, w wyniku uwzględnienia protestu z dnia 17 czerwca 2008 roku, ocenia wszystkie oferty złożone w postępowaniu, a w sytuacji gdy poweźmie informację o istnieniu okoliczności skutkujących odrzuceniem oferty winien taką czynność podjąć. Przestanki odrzucenia ofert czy wykluczenia Wykonawcy z postępowania są bowiem przesłankami bezwzględnie obowiązującymi i mogą aktualizować się na każdym etapie postępowania.

Rozpatrując merytorycznie zarzuty zawarte w treści protestu i odwołania zgłoszone pod adresem oferty uznanej za najkorzystniejszą, skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych:

W zakresie zarzutu niespełnienia warunku wymaganego doświadczenia zawodowego:

W dziale VII pkt 3 siwz Zamawiający postawił wymóg, że o „udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy z należytą starannością zrealizowali lub realizują w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w ciągu kolejnych 12 miesięcy tego okresu - usługi transportu zbiorowego w ramach przewozów regularnych o łącznej wielkości pracy przewozowej nie mniejszej niż 300.000 wozokilometrów”.

Na potwierdzenie spełniania tego warunku Zamawiający wymagał w dziale VIII pkt 7 przedłożenia wykazu zrealizowanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również realizowanych w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w ciągu kolejnych 12 miesięcy tego okresu - usług transportu zbiorowego w ramach przewozów regularnych o łącznej wielkości pracy przewozowej nie mniejszej niż 300.000 wozokilometrów (wkm) wraz z załączeniem dokumentów, potwierdzających należyte wykonanie usługi wymienionej w wykazie np. listy referencyjne.

W dziale VII. 6 Zamawiający wymagał, aby wykonawcy, biorący udział w postępowaniu byli ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę nie mniejszą niż 500.000 zł. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku Wykonawcy winni przedstawić polisę ubezpieczeniową lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony w zakresie prowadzonej działalności na kwotę nie mniejszą niż 500 000 zł.

Konsorcjum Sevibus Polska Marcinkowski i Sip S.K.A. oraz Bus Marco Polo Wratislavia 1992 sp. z o.o. złożyło stosowny wykaz usług (strona 49 oferty), zgodnie ze wzorem określonym przez Zamawiającego, w którym wykazało usługę „przewozu osób w ramach linii regularnych specjalnych na zlecenie LG Display”, w kolumnie nr 3 wskazano okres od 1.05.2007 do 30.04.2008 roku i wielkość pracy przewozowej 1 900 000 wkm. Usługi realizowane były na rzecz LG Display Poland Sp. z o.o. w okresie od 1.12.2006 do 30.05.2008 roku (kolumna 4 i 5 tabeli).

W zakresie potwierdzenia warunku posiadania stosownego ubezpieczenia Konsorcjum załączyło do oferty polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej AG 0564336 (strona 65 oferty), wystawioną dnia 20 maja 2008 roku przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A. na okres od 12.05.2008 do 11.05.2009 z sumą ubezpieczenia w wysokości 500 000 zł. Polisa ta „potwierdza zawarcie umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w związku z prowadzoną działalnością lub posiadaniem mieniem w zakresie 60.21-60.24 Transport lądowy z wyłączeniem transportu kolejowego i transportu osób”.

W wyniku uwzględnienia protestu Odwołującego z dnia 17 czerwca 2008 roku, Zamawiający dokonując ponownego badania i oceny ofert, wystąpił w dniu 17 lipca 2008 roku (pismo WZP.DZ./3410/61/1863/08) do Konsorcjum o uzupełnienie:

1. wykazu usług o usługi transportu zbiorowego w ramach przewozów regularnych, gdyż przedstawiona w wykazie usługa dotyczy przewozu regularnego specjalnego. Argumentując swoje wystąpienie Zamawiający wyjaśnił, że usługi te są usługami odmiennymi w rozumieniu przepisów ustawy o transporcie drogowym z dnia 6 września 2001 roku. (Dz.U. nr 125, poz. 1371 z póź. zm.)
2. polisy ubezpieczeniowej, gdyż załączona do oferty polisa PZU S.A. nie obejmuje podstawowej działalności, jaką jest przedmiot niniejszego postępowania tj. transportu osób.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Konsorcjum pismem z dnia 21 lipca 2008 roku, czyli w zakreślonym przez Zamawiającego terminie przedstawiło ponownie wykaz usług, gdzie w poz. 2 wskazało na „usługę transportu drogowego zbiorowego w ramach przewozów regularnych”, w kolumnie 3 określono okres „od 1.01.2007 do 31.12.2007 i wielkość pracy przewozowej – 400 000 wkm” , usługa realizowana była na rzecz Orbis Transport Sp. z o.o. w terminie „od 01.01.2005 do 31.12.2007 roku”, zaś wielkość pracy przewozowej wyniosła 1 380 000 wkm.

Na potwierdzenie należytego wykonania usługi załączono list referencyjny z dnia 20.06.2008 roku, wystawiony przez Orbis Transport Sp. z o.o., w którym potwierdzono, że firma Marco Polo sp. z o.o., obecna Bus Marco Polo Wratislavia 1992 Sp. z o.o. „wykonywała przewozy regularnej komunikacji międzynarodowej w okresie czerwca 2003 do października 2007 roku”. Dalej wskazano, że „ w okresie 2005, 2006 i 2007 roku Bus Marco Polo Wratislavia 1992 Sp. z o.o. wykonała na powyższych trasach łączną ilość ok. 1 380 000 km.

W zakresie uzupełnienia polisy odpowiedzialności cywilnej, Konsorcjum przedstawiło oświadczenie Inspektoratu PZU S.A. w Zgorzelcu z dnia 23 czerwca 2008 roku, w którym oświadcza się, że „polisa ubezpieczenia Odpowiedzialności Cywilnej nr AG 0564336, zawarta z Firmą Sevibus z siedzibą we Wrocławiu, gwarantuje Firmie Sevibus zakres ochrony ubezpieczeniowej zgodny z wnioskiem otrzymanym z Domu Brokerskiego „EM Brokers” Sp. z o. o. w dniu 11 maja 2008 roku, a PKD widniejące na polisie, służy wyłącznie do sklasyfikowania ryzyka. Odpowiedzialność PZU S.A. obejmuje zgodnie z wnioskiem: działalność w zakresie transportu lądowego włącznie z transportem osób, z wyłączeniem transportu kolejowego”.

Do oświadczenia załączono także pismo Domu Brokerskiego EM Brokers Sp. z o.o. , w którym określa się, że „ubezpieczenie OC obejmuje szkody powstałe w związku z ruchem pojazdów na terytorium 32 państw”.

Biorąc pod uwagę tak ustalony stan faktyczny skład orzekający zważył co następuje:

Zamawiający, formułując warunek doświadczenia w realizacji usług, wymagał wykazania się odpowiednią wielkością pracy przewozowej – nie mniejszej niż 300 000 wozokilometrów zrealizowanych w przedziale czasowym obejmującym kolejne 12 miesięcy w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności byłby krótszy- to w tym okresie. Wykonawca, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu miał prawo wybrać dowolny okres 12 kolejnych miesięcy w 3- letnim okresie przed wszczęciem postępowania i w tym, wybranym przez siebie okresie wykazać się realizacją o łącznej wielkości minimum 300 000 wozokilometrów.

Zatem za spełniających wyżej określony warunek udziału w postępowaniu, należy uznać wykonawców, którzy wykazali, że w okresie kolejnych 12 miesięcy zrealizowali usługę o wielkości pracy przewozowej nie mniejszej niż 300 000 wozokilometrów.

Konsorcjum na potwierdzenie tego warunku wykazało w kolumnie 3 uzupełnionego wykazu usług okres 01.01.2007 do 31.12.2007 i wielkość pracy przewozowej 400 000 wkm. Jak wynika z treści listu referencyjnego z dnia 20.06.2008 roku, wystawionego na potwierdzenie realizacji przedmiotowej usługi Wykonawca Bus Marco Polo Wratistavia 1992 Sp. z o.o. wykonywał przewozy w okresie „czerwiec 2003 do październik 2007”, a nie jak określono w kolumnie nr 3 wykazu usług do 31.12.2007 roku. Gdyby nawet przyjąć, że usługa była realizowana - tak jak to wynika z treści listu referencyjnego w okresie krótszym tj. do października 2007 a nie do grudnia 2007 roku, to nie wiadomo jaka ilość wozokilometrów została zrealizowana w tym okresie.

Z zestawienia treści wykazu usług oraz listu referencyjnego, potwierdzającego należytą realizację, wynika, że dokumenty te są ze sobą niespójne co do określenia okresu trwania usługi.

Skład orzekający Izby, uznaje, że dokumenty przedstawiane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu winny w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości potwierdzać spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego. Dokumenty na podstawie, których dokonuje się kwalifikacji wykonawców do udziału w postępowaniu nie powinny pozostawiać dowolności interpretacyjnych, a wynikające z nich potwierdzenie spełnienia warunków nie można oprzeć na domniemaniach i przypuszczeniach.

Oceny powyższego stanu faktycznego, nie zmienia także okoliczność, że w treści listu referencyjnego potwierdzono, że Bus Marco Polo Wratylavia 1992 Sp. z o.o. wykonywała w okresie 2005, 2006 i 2007 roku łączną ilość ok. 1 380 000 km. Stwierdzenie to wskazuje na istotnie większą niż wymagana przez Zamawiającego wielkość pracy przewozowej, ale zrealizowaną w okresie 3 lat, nie określa natomiast jaka jej część została wykonana w wymaganym przez Zamawiającego okresie 12 kolejnych miesięcy.

Nie można także uznać, jak to stwierdza Przystępujący do postępowania odwoławczego, że popełnił omyłkę pisarską i w kolumnie 3 poz. 2 wykazu usług należy przyjąć okres 1.01.2006 do 31.12.2006 roku. W ocenie składu orzekającego Izby, działanie takie stanowiłoby zmianę treści złożonego, w wyniku uzupełnienia, oświadczenia woli Wykonawcy, co stanowiłoby naruszenie art. 87 ust 1 i art. 26 ust. 3 ustawy.

Słusznym jest pogląd, że przepis art. 26 ust 3 ustawy ma charakter wyjątkowy i należy traktować go literalnie, zaś żądanie uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust 3 ustawy jest czynnością jedнокrotną i nie może być stosowane powtórnie w stosunku do tego samego dokumentu. Tezę tę potwierdził również Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 8 sierpnia 2006 roku, (Sygn. akt V Ca 806/06). Zatem należy uznać, że procedura uzupełniania dokumentów określona w art. 26 ust. 3 ustawy została wyczerpana a Wykonawca nie przedstawił dokumentów, które potwierdzałyby w sposób niezbity spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia zawodowego.

Biorąc pod uwagę powyższe zarzut niespełnienia wymagań w zakresie warunku doświadczenia zawodowego zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu niespełnienia warunku posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, skład orzekający zważył:

Należy zgodzić się z Odwołującym, że polisa lub inny dokument potwierdzający posiadanie ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, który jest składany celem potwierdzenia warunku udziału w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia winien dotyczyć przedmiotu faktycznie wykonywanej przez Wykonawcę działalności i winien być zbieżny z przedmiotem zamówienia, objętym zakresem zamówienia publicznego.

Przedmiotem zamówienia jest transport pasażerski lądowy, określony w Polskiej Klasyfikacji Działalności kodem o numerze PKD 49.31 (zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 24 grudnia 2007 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji

Działalności, Dz. U. 251 poz. 1885 z dnia 31 grudnia 2007 r.). Kod ten odpowiada również ujawnionemu w KRS zakresowi działalności.

Wskazany w treści polisy zakres ubezpieczenia odpowiedzialności OC obejmuje usługi wymienione w Polskiej Klasyfikacji Działalności pod poz. 60.21-60.24. Kody te zostały określone na podstawie nie obowiązującej już Polskiej Klasyfikacji Działalności ogłoszonej w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 stycznia 2004 r. (Dz. U. nr 33, poz. 289 z późniejszymi zmianami), która została zastąpiona Polską Klasyfikacją Działalności, ogłoszoną rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 24 grudnia 2007 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (Dz. U. 251 poz. 1885 z dnia 31 grudnia 2007 r.).

Zgodnie klasyfikacją PKD, obowiązującą do dnia 31 grudnia 2007 roku, pod poz. 60.21 określano transport lądowy pasażerski, rozkładowy pozostały. Klasa ta obejmowała podklasy 60.21 A, 60.21 B, 60.21 C, które oznaczały odpowiednio transport pasażerski miejski, transport pasażerski międzymiastowy, transport pasażerski rozkładowy pozostały. Podklasy te obejmowały z kolei działalność zapewniającą miejski i podmiejski przewóz pasażerów po wyznaczonych trasach i według ustalonego rozkładu jazdy. Przewóz pasażerów może odbywać się za pomocą autobusów, tramwajów, trolejbusów, kolei naziemnej i podziemnej, działalność autobusów szkolnych, autobusów i mikrobusów przewożących pasażerów na trasach między lotniskiem czy stacją kolejową a centrum miasta według rozkładu jazdy oraz działalność zapewniającą międzymiastowy przewóz pasażerów autobusami po wyznaczonych trasach i według ustalonego rozkładu jazdy a także działalność kolejek linowych nadziemnych i wyciągów narciarskich, pasażerski transport rozkładowy lądowy, gdzie indziej niesklasyfikowany. Z kolei klasa o pozycji 60.23 obejmowała transport lądowy pasażerski, pozostały, w tym transport pasażerski lądowy, pozostały (60.23 Z). Podklasa 60.23 Z obejmowała pozostały, pozarozkładowy drogowy transport pasażerski oraz pozarozkładowy transport pasażerski drogowy: czartery, przewóz wycieczek, turystów, wynajem autokarów z kierowcą, transport pasażerski pojazdami ciągniętymi przez zwierzęta lub napędzanymi siłą mięśni ludzkich. Wskazane w polisie OC nr AG 0564336 kody odpowiadają kodom 49.31, 49.31Z oraz 49.39, aktualnie obowiązującej klasyfikacji PKD, która weszła w życie od 1 stycznia 2008. Biorąc pod uwagę powyższe należy uznać, że zakres odpowiedzialności cywilnej określony w polisie OC za pomocą kodów 60.21- 60.24 obejmuje działalność faktycznie wykonywaną przez Konsorcjum, ujętą w KRS a także działalność będącą przedmiotem zamówienia czyli transport zbiorowy a przywołane w treści polisy kody PKD pochodzą z nieobowiązującej już Polskiej Klasyfikacji Działalności.

Należy zatem uznać, że już sama załączona do oferty polisa OC z dnia 20.05.2008 roku jest wystarczająca dla oceny prawidłowości spełnienia warunku udziału w postępowaniu,

a złożone w toku uzupełniania oświadczenie PZU z dnia 23 czerwca 2008 roku jedynie stanowi potwierdzenie tego faktu.

Zatem zarzut niespełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci braku właściwego określenia zakresu objętego ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej nie zasługuje na uwzględnienie

Biorąc powyższe pod uwagę, w zakresie zarzutów podniesionych w stosunku do oferty Konsorcjum, należy uznać, że zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 1 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy znalazł potwierdzenie.

W zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego, skład orzekający ustalił następujący stan faktyczny:

Zgodnie z działem III siwz, przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług przewozowych w ramach miejskiego autobusowego transportu zbiorowego. Przedmiot zamówienia ma charakter złożony i obejmuje:

1. świadczenie usług przewozowych
2. druk i sprzedaż biletów,
3. prowadzenie kontroli biletowej,
4. zainstalowanie systemu analizy danych, udostępnienie go Zamawiającemu i bieżące napełnianie bazy danych tego systemu,
5. sporządzenie rozkładów jazdy dla wszystkich przystanków na terenie Gminy Wrocław i Gminy Czernica oraz trwałe umieszczenie rozkładów jazdy, numerów linii i innych informacji pasażerskich na przystankach zlokalizowanych na terenie Gminy Czernica.
6. system automatycznej rejestracji kontroli punktualności kursowania i jakości usług przewozowych.

W dziale X siwz „Opis sposobu obliczenia ceny oferty” Zamawiający wymagał, aby cenę podać w Formularzu oferty w złotych polskich netto i brutto z wyodrębnieniem podatku VAT, wyliczonym przez Wykonawcę zgodnie z obowiązującymi przepisami na dzień składania ofert. Prawidłowe ustalenie stawki podatku VAT leży po stronie Wykonawcy. W pkt 4 działu X siwz Zamawiający wymagał, aby wykonawcy określili w Formularzu Ofertowym cenę jednostkową netto i brutto 1 wozokilometra świadczonej usługi przewozowej oraz zawartą w niej cenę jednostkową druku, sprzedaży i kontroli biletów dla 1 wozokilometra.

W dziale XIII Zamawiający określił dwa kryteria oceny ofert: cena 1 wozokilometra świadczonej usługi przewozowej oraz cena druku, sprzedaży i kontroli biletów.

W treści formularza oferty (załącznik nr 1) Zamawiający wymagał podania ceny łącznej brutto tj. ceny 1 wozokilometra wraz z drukiem, sprzedażą i kontrolą biletów dla autobusu typu B i S, w tym ceny 1 wozokilometra świadczonej usługi przewozowej autobusem typu B lub S oraz ceny druku, sprzedaży i kontroli biletów dla 1 wozokilometra dla autobusu typu B. Dla każdej z wyżej określonych usług, Zamawiający wymagał podania ceny netto, brutto oraz wskazania wysokości podatku VAT w %.

W § 6 ust. 1 projektu umowy, Zamawiający określił, że wartość umowy określa się na kwotę netto plus podatek VAT w wysokości 7 % w kwocie brutto. W ust. 3 § 8 projektu umowy określił, że z tytułu wykonywania przedmiotu umowy Wykonawca otrzymuje okresowe wynagrodzenie będące iloczynem stawki za jeden wozokilometr, określonej w załączniku nr 11 do umowy. W załączniku nr 11 do umowy określono zaś cenę jednego wozokilometra typu B i S.

Odwołujący w treści formularza oferty określił cenę 1 wozokilometra wraz z drukiem, sprzedażą i kontrolą biletów dla autobusu typu B i S, jako sumę ceny 1 wozokilometra świadczonej usługi przewozowej autobusem typu B i S, ze wskazaniem 7 % stawki podatku VAT oraz ceny druku, sprzedaży i kontroli biletów dla 1 wozokilometra dla autobusu typu B, ze wskazaniem 22 % stawki podatku VAT.

Biorąc pod uwagę powyższe skład orzekający zważył:

Kwestią sporną między stronami jest poprawność zastosowania stawki 22 % podatku VAT na usługę druku, sprzedaży i kontroli biletów, określoną w przedmiotowym postępowaniu.

Zgodnie z art. 141 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz. U. nr 54, poz. 535 z póź. zm.) podstawowa stawka podatku wynosi 22 % z zastrzeżeniem ust. 2, gdzie ustawodawca określił, że dla towarów i usług, enumeratywnie wyliczonych w załączniku nr 3 do ustawy stosuje się stawkę podatku VAT w wysokości 7 %. Pod poz. 142 tego załącznika określono usługi pasażerskiego transportu rozkładowego lądowego pozostałe (symbol PKWIU 60.21).

Należy przyjąć, że zasadą jest stosowanie przy jednej dostawie czy usłudze jednolitej stawki podatku VAT.

W jednym z orzeczeń ETS (wyrok z dnia 27 października 2005 sygn. akt C 41/04), cytowanym również przez Odwołującego, wyrażono pogląd, iż jednolitość świadczeń i ich wzajemne nierozzerwalne powiązanie w aspekcie gospodarczym, stanowi przesłankę do tego, aby wszystkie czynności traktować jako jednolite świadczenie podlegające opodatkowaniu jedną stawką podatku VAT.

Zamawiający wykazał w trakcie rozprawy, że usługa drukowania, sprzedaży i kontroli biletów jest usługą nierozzerwalnie związaną z usługą transportu, świadczy o tym chociażby fakt, że zgodnie z treścią art. 16 ustawy prawo przewozowe z dnia 15 listopada 1984 r. (Dz. U.

2000, nr 50, poz. 601) umowę przewozu zawiera się przez nabycie biletu na przejazd. Zakup biletu jest więc czynnością immanentnie związaną z usługami przewozu. Zamawiający wyjaśnił, że bilety, będące przedmiotem zamówienia są w większości sprzedawane bezpośrednio u kierowcy z kasy fiskalnej, jedynie znikoma ich część jest dystrybuowana w punktach sprzedaży.

Analiza treści siwz w zakresie opisu przedmiotu zamówienia skłania do twierdzenia, że przedmiotem zamówienia jest kompleksowa realizacja usługi transportu, w skład której wchodzi obok usługi drukowania, sprzedaży i kontroli biletów także inne usługi np. sporządzenie rozkładów jazdy czy zainstalowanie systemu analizy danych. Wszystkie wymienione w dziale III pkt 1 (1-6) usługi są realizowane w ramach kompleksowej usługi przewozowej a traktowane jako odrębne mogłyby być objęte odmiennymi stawkami podatku VAT. W ocenie składu orzekającego uzasadnione jest zatem w tej sytuacji przyjęcie stanowiska prezentowanego wielokrotnie w opiniach wydawanych przez Urząd Statystyczny w Łodzi, że w przypadku usług, na które składa się kombinacja różnych czynności, cała usługa powinna być klasyfikowana tak jakby składała się z usługi, która nadaje całości zasadniczy charakter. Podobną opinię zaprezentował Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 26 września 2006 roku (sygn. akt XII Ga 317/07).

W ocenie składu orzekającego analiza treści dokumentacji, w szczególności postanowień § 8 ust.3 projektu umowy, opisu przedmiotu zamówienia zawartego w § 1 projektu umowy, a także faktyczny sposób realizacji usługi transportu skłania do uznania, że usługa drukowania, sprzedaży i kontroli biletów nie została wyodrębniona z całości przedmiotu zamówienia. Należy zatem przyjąć, że dla całości zamówienia polegającego na kompleksowej usłudze transportu właściwą stawką VAT jest stawka określona dla usługi, która nadaje całości zasadniczy charakter tj. stawka obowiązująca dla usług transportu w wysokości 7 %.

Ponadto należy wskazać, że Zamawiający w treści § 6 ust. 1 projektu umowy wskazał wprost, że na usługę będącą przedmiotem umowy obowiązującą stawką podatku jest jednolita stawka 7 % VAT. Postanowienie to nie budziło wątpliwości wśród Wykonawców, biorących udział w postępowaniu, nie było przedmiotem zapytań i wyjaśnień.

Dodatkowo należy wskazać, że również w treści ogłoszenia o zamówieniu (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z dnia 24 kwietnia 2008 roku nr 2008/S 80-1 08717) oraz w dziale III siwz Zamawiający wskazał na jeden kod Wspólnego Słownika Zamówień Publicznych CPV 60.11.220-8, który określa usługi autobusowego transportu publicznego. Jest to dowód na okoliczność, że przedmiot zamówienia został określony jednolicie i polega na wykonywaniu kompleksowej usługi transportu.

Oceny tego stanu faktycznego nie zmienia także okoliczność, podnoszona przez Odwołującego, że Zamawiający wymagał wskazania dwóch cen jednostkowych, odrębnie za

1 wozokilometr świadczonej usługi przewozowej oraz usługi druku, sprzedaży i kontroli biletów i ceny te uczynił dwoma odrębnymi kryteriami oceny ofert. W ocenie składu orzekającego wyszczególnienie tych cen jednostkowych ma jedynie znaczenie czysto formalne i pogładowe, nie wpływające na zakres faktycznie realizowanej usługi a przede wszystkim na sposób jej rozliczenia, który został określony jak iloczyn stawki za jeden wozokilometr, na który składa się nie tylko cena usługi przewozu ale także cena druku, sprzedaży i kontroli biletów. Powoływane przez Odwołującego postanowienia zamieszczone w formularzu oferty odnoszą się jedynie do formy określenia elementów składowych ceny za 1 wozokilometr usługi przewozu i nie odnoszą się do sposobu faktycznego rozliczenia umowy, opartego na łącznej cenie za wszystkie usługi wchodzące w zakres kompleksowej usługi transportu.

O prawidłowości zastosowania jednolitej 7 % stawki podatku VAT świadczy niezbitcie aktualnie obowiązująca umowa z dnia 25.09.2007 roku, zawarta pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym i obejmująca „świadczenie usług przewozowych w ramach miejskiego autobusowego transportu zbiorowego organizowanego przez Gminę Wrocław na terenie Wrocławia i Gminy Długołęka” (dowód w aktach sprawy). W § 1 ust. 2 przywołanej umowy określono identyczny jak w rozpatrywanym postępowaniu zakres świadczonych usług, który obejmuje obok usługi przewozowej także druk, sprzedaż, kontrolę biletów. Wykonawca, którym jest Odwołujący zastosował w tym przypadku jednolitą 7 % stawkę podatku VAT na całość zamówienia (§ 6 ust.1 umowy z dnia 25.09.2008 roku).

Skład orzekający Izby odmówił mocy dowodowej przedstawionym przez Odwołującego w trakcie rozprawy opiniom prawnym (opinia z dnia 31 lipca 2008 roku wystawiona przez Kancelarię Podatkową Mark - us Andrzeja K. oraz opinia prawna z dnia 31 lipca 2008 roku Kancelarii Adwokackiej Jana B.), bowiem dokumenty te są opiniami prywatnymi wydanymi na zlecenie Odwołującego i nie stanowią obiektywnych dowodów a jedynie mogą być wyrażeniem własnego poglądu.

Przedstawione przez Odwołującego na rozprawie faktury VAT nie mają znaczenia dla oceny faktycznej sprawy, dotyczą one bowiem usług innych niż przedmiot rozpatrywanego postępowania, zostały wystawione za odrębnie świadczone „usługi kontroli biletów” oraz „ sprzedaż biletów autokarowych”, podczas gdy projekt umowy przewiduje w rozpatrywanym postępowaniu rozliczenie za pomocą jednolitej stawki za wozokilometr świadczonej usługi.

Biorąc powyższe pod uwagę zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego nie znalazł potwierdzenia, a czynność odrzucenia oferty Odwołującego jako określającej błędną stawkę podatku VAT była właściwa.

W odniesieniu do pisma procesowego z dnia 22 sierpnia 2008 roku, złożonego przez Odwołującego w trakcie rozprawy, w którym Odwołujący domaga się unieważnienia postępowania z urzędu na podstawie art. 191 ust. 3 ustawy, skład orzekający stwierdza, że nie dopatrył się okoliczności skutkujących ewentualnym unieważnieniem postępowania z urzędu, w szczególności nie znajduje podstaw do stwierdzenia, że poprzez zastosowanie kryterium oceny ofert określonych jako ceny jednostkowe 1 wozokilometra świadczonej usługi oraz ceny druku, sprzedaży i kontroli biletów, nie naruszono przepisów ustawy.

W ocenie składu orzekającego, Zamawiający ma prawo, w zależności od zasad rozliczeń przyjętych w umowie oraz opisu sposobu obliczenia ceny oferty ustalić, że kryterium oceny ofert będą ceny jednostkowe, bądź inne składniki stanowiące podstawę obliczenia ceny lub wynagrodzenia należnego z tytułu realizacji umowy.

Biorąc pod uwagę powyższe zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy nie zasługuje na uwzględnienie.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak na wstępie na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz.1655) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~ - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*