

POSTANOWIENIE
z dnia 27 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Honorata Łopianowska
Jolanta Markowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 27 lutego 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lutego 2013 r. przez wykonawcę **Zakłady Usługowe „Południe” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 31-504 Kraków, ul. Strąkowa 22** w postępowaniu prowadzonym przez **Koleje Wielkopolskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 61-897 Poznań, ul. Składowa 5,**

postanawia:

1) odrzuca odwołanie;

2) kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Zakłady Usługowe „Południe” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 31-504 Kraków, ul. Strąkowa 22** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Zakłady Usługowe „Południe” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 31-504 Kraków, ul. Strąkowa 22** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy Zakłady Usługowe „Południe” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 31-504 Kraków, ul. Strąkowa 22 na rzecz Koleje Wielkopolskie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 61-897 Poznań, ul. Składowa 5 kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Poznaniu**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Koleje Wielkopolskie Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę (zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu): *Utrzymanie w czystości autobusów szynowych użytkowanych przez Koleje Wielkopolskie Sp. z o.o.*

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z dnia 10/10/2012 r., nr 2012/S 195-321409.

Odwołujący - Zakłady Usługowe „Południe” Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie - wniósł, na podstawie art. 180 Pzp, odwołanie od czynności zamawiającego w zakresie Zadania I, polegających na:

- 1) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Mardom-Bis Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, pomimo tego, że oferta wykonawcy zawiera błędy w obliczeniu ceny;
- 2) wyborze podlegającej odrzuceniu, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, oferty wykonawcy Mardom-Bis Sp. z o.o., jako najkorzystniejszej;
- 3) zaniechaniu wezwania wykonawcy Mardom-Bis Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp w związku z koniecznością ustalenia stanu faktycznego w zakresie okoliczności kwalifikujących przedmiot zamówienia, jako usługę kompleksową lub zbiór usług;
- 4) nierównym traktowaniu wykonawców biorących udział w postępowaniu.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w Zadaniu I - wykonawcy Mardom-Bis Sp. z o.o.;
- 2) wezwania wykonawcy Mardom-Bis Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie okoliczności faktycznych kwalifikujących przedmiot zamówienia, jako usługę kompleksową lub zbiór usług;
- 3) ponownej oceny oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej w Zadaniu I, na podstawie

art. 91 ust. 1 Pzp; oraz

4) przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści uzasadnienia;

5) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według spisu przedstawionego na rozprawie.

W uzasadnieniu zarzutów odwołujący podał.

1. Przedmiotem postępowania jest usługa utrzymania w czystości (czyszczenie okresowe zewnętrzne i wewnętrzne, podstawowe zewnętrzne i wewnętrzne oraz pobieżne) przez wszystkie dni kalendarzowe, pojazdów kolejowych użytkowanych przez zamawiającego.

2. Szczegółowe wymagania dotyczące świadczenia usług czyszczenia, harmonogram czyszczeń, minimalny i maksymalny czas do wykonania określonego rodzaju sprzątnia wraz z opisem czynności koniecznych do ich wykonania zostały opisane w załącznikach do SIWZ. Przedmiot umowy podzielony został na następujące usługi: 1) czyszczenie okresowe zewnętrzne i wewnętrzne; 2) czyszczenie podstawowe zewnętrzne i wewnętrzne; 3) czyszczenie pobieżne; 4) wodowanie; 5) odfekalnianie.

3. Dokumentacja przetargowa wprowadza istotne rozróżnienie, w zakresie terminów i częstotliwości wykonywania usług. W przypadku usług polegających na czyszczeniu (bez względu na ich rodzaj) wprowadza się zasadę, że są one wykonywane z określoną częstotliwością wynikającą z harmonogramu:

1) *podstawowym rodzajem utrzymania w czystości pojazdów kolejowych jest czyszczenie okresowe zewnętrzne i wewnętrzne, wykonywane, co najmniej raz w miesiącu (w czasie przeglądów okresowych) (§ 2 ust. 2 załącznika Nr 8 do SIWZ);*

2) *czyszczenie podstawowe zewnętrzne należy wykonywać raz na 2-4 doby, zgodnie z harmonogramem czyszczeń oraz dodatkowo zlecane, w zależności od potrzeb. Czyszczenie podstawowe wewnętrzne pojazdów kolejowych należy wykonywać raz na 2-4 doby zgodnie z harmonogramem oraz dodatkowo zlecane, w zależności od potrzeb (§ 2 ust. 4 załącznika Nr 8 do SIWZ);*

3) *czyszczenie pobieżne pojazdów kolejowych jest wykonywane w przerwach pomiędzy kursami pociągów lub na stacjach pośrednich, zgodnie z przewidzianym przez zamawiającego harmonogramem (§ 2 ust. 5 załącznika Nr 8 do SIWZ).*

Dowód: Załącznik Nr 8 do SIWZ

4. *Czynności opróżniania zbiorników fekalii powinny się odbywać tylko i wyłącznie w zależności od potrzeb (§ 2 ust. 6 i 7 załącznika Nr 8 do SIWZ).*

5. Z podziałem i rozróżnieniem poszczególnych usług będących przedmiotem umowy korelują Załączniki Nr 1a i 1b do formularza ofertowego, które przewidują obowiązek ustalenia dla każdej z wymienionych czynności właściwą stawkę podatku VAT. Każdy z wykonawców był zobowiązany do wskazania ceny netto danej usługi (pozycja 4), stawki

podatku VAT (pozycja 5) i ceny brutto (pozycja 6). Usługa opróżniania WC została przy tym wyraźnie w formularzach wyodrębniona.

Dowód: załącznik Nr 1a i 1b do formularza ofertowego.

6. W celu wykluczenia wątpliwości, w toku postępowania zostało zadane zamawiającemu pytanie, co do właściwych stawek podatku VAT. Zamawiający uchylił się od udzielenia konkretnej odpowiedzi wskazując: *ustawodawca nie nadał zamawiającemu uprawnień w zakresie określenia stawki podatku VAT w treści SIWZ, tym samym to na wykonawcy ciąży obowiązek zastosowania stawki podatku wynikającej z prawa podatkowego.*

Dowód: pytanie Nr 11 wraz z odpowiedzią.

7. Następnie zamawiający, pomimo wcześniejszej deklaracji i stwierdzenia braku uprawnień ustawowych w zakresie wskazywania stawki podatku VAT, w dniu 29 listopada 2012 r. dokonał rozstrzygnięcia przesądzając, że oferta odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny z uwagi na zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT. Rozstrzygnięcie zamawiającego w całości bazowało, zatem na interpretacji przepisów prawa podatkowego.

Dowód: zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 29 listopada 2012 r.

8. Rozstrzygnięcie zamawiającego zostało zaskarżone i było przedmiotem rozważań Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 21 grudnia 2012 r. (KIO 2696/12 i KIO 2727/12). Analiza orzeczenia jest kluczowa z punktu widzenia uzasadnienia zarzutów odwołania.

Dowód: wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2012 r.

9. W wyroku z dnia 21 grudnia 2012 r. Krajowa Izba Odwoławcza zdaje się odchodzić od dotychczas prezentowanego stanowiska w zakresie rozumienia pojęcia kompleksowości i skutków kwalifikacji postępowania, jako postępowania o udzielenie zamówienia kompleksowego z punktu widzenia Prawa zamówień publicznych. W dotychczasowych wyrokach (na przykład KIO 904/12, 911/12, 918/12) w przypadku sporu, co do kwalifikacji usługi, jako usługi kompleksowej czy też zbioru usług, Izba dokonywała, w oparciu o materiały przetargowe, rozstrzygnięcia co do charakteru zamówienia. Badane były w szczególności przesłanki możliwości uznania danego zamówienia, jako dotyczącego usługi kompleksowej lub nie. Wskutek powyższego powstawała dla wykonawców i zamawiającego klarowana sytuacja: jeżeli Izba uznawała, że zamówienie ma charakter kompleksowy to prawidłowe określenie ceny powinno uwzględniać jednolitą stawkę podatku VAT właściwą dla usługi wiodącej (głównej). W rezultacie, ocenie podlegały oferty zawierające określenie ceny uwzględniające stawkę podatku dla usługi głównej a pozostałe oferty podlegały odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

10. Takie rozwiązanie, choć niekorzystne dla tych wykonawców, którzy prezentowali odmienne stanowisko w zakresie interpretacji przedmiotu zamówienia, jako kompleksowego, wydaje się być spójne nie tylko z zasadami prawa podatkowego, ale przede wszystkim z systemem Prawa zamówień publicznych.

11. Z punktu widzenia prawa podatkowego oczywistym jest, że to samo zdarzenie powinno wywoływać jednolite skutki podatkowe dla każdego podmiotu. W szczególności nie jest dopuszczalna sytuacja, w której w stosunku do tego samego zdarzenia możliwe jest jego opodatkowanie różnymi stawkami podatku VAT. Albo usługa ma charakter kompleksowy i stosowana jest do całości jedna stawka podatku VAT właściwa dla usługi głównej albo usługi stanowią zbiór i opodatkowane są stawkami podatku VAT właściwymi dla każdej z nich odrębnie.

12. Z uwagi na fakt, że stawka podatku VAT jest elementem cenotwórczym zasada ta ma odpowiednie przełożenie na gruncie Prawa zamówień publicznych. Kluczową dla Prawa zamówień publicznych zasadą jest zasada równego traktowania wszystkich wykonawców. Z nią zaś związane jest założenie porównywalności ofert. Nie może ulegać żadnym wątpliwościom, że ocenie zamawiającego podlega przyjęcie przez wykonawcę prawidłowej stawki podatku VAT.

13. Dlatego też argumentacja przedstawiona w wyroku KIO z dnia 21 grudnia 2012 r. i idące w ślad za nim zaskarżone rozstrzygnięcie zamawiającego nie mogą się ostać, choć wychodzą naprzeciw oczekiwaniom wykonawców usunięcia wątpliwości, co do stosowanych stawek podatku VAT. Zaproponowane przez KIO rozwiązanie polegające na możliwości wyboru tej stawki przez wykonawców bez żadnych konsekwencji ze strony zamawiającego, nie może zostać zaakceptowane na gruncie opisanych zasad Prawa zamówień publicznych. Izba wskazała, że *...analizując treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia można dojść zarówno do wniosku, że usługę tę należy potraktować, jako kompleksową, jak i jako zbiór usług. W konsekwencji Izba stwierdziła, że ...dla wykonawców, którzy całość usługi realizują samodzielnie - poprzez swoich pracowników, poszczególne etapy usługi mogą być nierozróżnialne w szczególny sposób i niepodzielne, a opróżnianie WC jest po prostu częścią sprzątnięcia - skoro mogą je wykonywać nawet ci sami pracownicy, a wszelki podział byłby sztuczny. Dlatego też usługa jest uznawana przez nich za kompleksową. Natomiast wykonawcy zlecający czynności odbioru / opróżnienia pojemników WC wyspecjalizowanym firmom, podkreślają osobne zlecenie tych usług i osobne opodatkowanie, zatem traktują je, jako zbiór usług. Podążając tym tokiem rozumowania zamawiający przyjął oferty wykonawców, którzy dla usługi defekalniania wskazali 8% stawkę podatku VAT, jak i wykonawców, którzy wskazali stawkę 23%.*

Dowód: rozstrzygnięcie zamawiającego z dnia 5 lutego 2013 r.; oferta odwołującego; oferta Mardom-Bis Sp. z o.o.

Nie powinno przy tym ulegać wątpliwościom, że usługa opróżniania zbiorników WC opodatkowana jest w stawce 8%.

Dowód: interpretacja indywidualna z dnia 30 kwietnia 2012 r. (ILPP1/443-97/12-3/AI); interpretacja indywidualna z dnia 10 października 2012 r. Nr IPPP1/443-670/12-2/PR.

14. W takiej sytuacji, zgodnie z dyrektywami Prawa zamówień publicznych, zamawiający powinien odrzucić ofertę wykonawcy Mardom-Bis Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, ponieważ nie zachodzą przesłanki uzasadniające zastosowanie art. 87 Pzp. Wskazanie błędnej stawki podatku VAT nie stanowi oczywistej omyłki rachunkowej w rozumieniu tego przepisu. Innego rozwiązania tej sytuacji, w ocenie odwołującego, nie przewidują aktualnie obowiązujące przepisy Prawa zamówień publicznych. Najlepiej obrazuje to twierdzenie a równocześnie potwierdza niedopuszczalność proponowanego rozwiązania odpowiedź wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o., który na wezwanie zamawiającego o deklarację w zakresie posiłkowania się podwykonawcami, odpowiedział w piśmie z dnia 29 stycznia 2013 r. *...wyjaśniamy, że całość usług będziemy wykonywać samodzielnie, jako usługa kompleksowa. Jednak nie wykluczamy w ramach realizacji usługi korzystania z podwykonawców.*

Dowód: pismo Impel Cleaning Sp. z o.o. z dnia 29 stycznia 2013 r.

15. Podążając tokiem rozumowania zaprezentowanym w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 grudnia 2012 r., zgodnie z którym o kwalifikacji zamówienia jako kompleksowego świadczy posiłkowanie się podwykonawcami (lub nie) w zakresie opróżnienia zbiorników WC, uzasadnić należy kolejny zarzut dotyczący czynności zamawiającego. Po wyroku z dnia 21 grudnia 2012 r. zamawiający przystąpił do kolejnego badania ofert. W stosunku do wykonawców, którzy zadeklarowali współdziałanie w podwykonawcami zamawiający wystosował wezwanie o wyjaśnienie w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Zamawiający wskazywał w wezwaniu wprost, aby opisać stan faktyczny, który stanowi podstawę do kwalifikowania usługi jako kompleksowej lub też jako zbioru usług. Wezwanie takie nie zostało jednak skierowane do wykonawcy Mardom-Bis Sp. z o.o.

Dowód: oferta Mardom-Bis Sp. z o.o.; wezwanie Impel Cleaning Sp. z o.o. z dnia 25 stycznia 2013 r.; wezwanie Zakładów Usługowych Zachód Sp. z o.o. z dnia 25 stycznia 2013r.

16. Wychodząc z założenia, że zaskarżone rozstrzygnięcie oparte zostało przez zamawiającego na dyrektywach wynikających z wyroku KIO z dnia 21 grudnia 2012 r. zgodnie z którymi *w oczywisty sposób stwierdzenie, czy dana usługa jest usługą kompleksową, czy też nie, zależy od konkretnego stanu faktycznego - w tym sposobu realizacji usług*, zamawiający przystąpił do weryfikacji stanu faktycznego pod tym kątem. W tym celu wezwał wykonawców, którzy tylko w sposób ogólny zadeklarowali współdziałanie z podwykonawcą, o podanie szczegółowe okoliczności faktycznych pozwalających zakwalifikować z ich punktu widzenia usługę, jako kompleksową lub zbiór usług. Okoliczność ta jest także istotna z punktu widzenia gwarancji należytego wykonania zamówienia. W myśl art. 7 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012 r., poz. 391, z późn. zm.) na prowadzenie przed przedsiębiorców

działalności w zakresie opóźniania zbiorników bezodpływowych i transportu nieczystości ciekłych wymagane jest uzyskanie zezwolenia. Zgodnie zaś z art. 7 ust. 6 powołanej ustawy zezwolenia udziela w drodze decyzji wójt, burmistrz lub prezydent miasta właściwy ze względu na miejsce świadczenia usług.

17. Brak wezwania wykonawcy Mardom-Bis Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień świadczy w ocenie odwołującego, nie tylko o nierównym traktowaniu wszystkich wykonawców, ale także pozbawia zamawiającego możliwości weryfikacji czy zamówienie będzie realizowane w sposób należyty.

II. Podsumowanie.

18. Biorąc pod uwagę powyższe odwołujący wskazał, że rozstrzygnięcie zamawiającego jest błędne, ponieważ odwołujący prawidłowo wskazał stawki podatku VAT podążając w tym zakresie za instrukcjami zamawiającego zawartymi w SIWZ. W Rozdziale 14 SIWZ zamawiający przewidział procedurę ustalania ceny oferty. W pierwszej kolejności wykonawcy zobowiązani byli do wycenienia wszystkich pozycji wybranego zadania i wypełnienia załącznika do formularza ofertowego 1a lub 1b). Załączniki te przewidywały konieczność umieszczenia właściwej stawki podatku VAT dla każdej z wymienionych czynności osobno. Usługa opróżniania WC opodatkowana jest podatkiem VAT w stawce 8% i taką też stawkę podatku VAT zastosował odwołujący. Zamawiający w SIWZ jednoznacznie także zdefiniował, co rozumie pod pojęciem usługi utrzymania w czystości. Pojęcie to obejmuje według zamawiającego czyszczenie okresowe zewnętrzne i wewnętrzne, podstawowe zewnętrzne wewnętrzne oraz pobieżne. Definicją usługi utrzymania w czystości nie objął jednak czynności opróżniania zbiorników WC.

19. Równocześnie wykonawca Mardom-Bis Sp. z o.o. wskazał w tych załącznikach 23% stawkę podatku VAT. W takiej sytuacji zamawiający mógł jedynie odrzucić ofertę tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Zaniechanie tej czynności odwołujący zarzuca zamawiającemu.

20. Zamawiający nie potraktował także w sposób równy i zachowaniem uczciwej konkurencji wszystkich wykonawców, pomijając wezwanie wykonawcy Mardom-Bis Sp. z o.o. do wyjaśnienia okoliczności faktycznych będących podstawą kwalifikacji usługi, jako kompleksowej lub jako zbioru usług.

III. Przesłanki odwołania, interes *prawny*.

21. Odwołujący w sposób wyczerpujący wykazał zasadność podniesionych zarzutów przeciwko czynnościom zaniechanym przez zamawiającego.

22. Odwołujący posiada interes *prawny* we wniesieniu odwołania, ponieważ skutek rozstrzygnięcia wybrana została oferta wykonawcy podlegająca odrzuceniu a oferta odwołującego była druga najkorzystniejsza. Gdyby zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę

wykonawcy Mardom-Bis Sp. z o.o., oferta odwołującego została oceniona, jako najkorzystniejsza.

23. Zaskarżone rozstrzygnięcie zamawiającego zostało doręczone odwołującemu w dniu 5 lutego 2013 r. w sposób wskazany w art. 27 ust. 2 Pzp.

24. Wartość przedmiotu zamówienia przekracza kwoty, o których mowa w art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o:

- 1) odrzucenie w całości odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 i pkt 5 Pzp na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron,
- 2) zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego zgodnie z załączoną fakturą,

wniósł ewentualnie o:

- 3) oddalenie w całości odwołania jako oczywiście bezzasadnego,
- 4) przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści uzasadnienia,
- 5) zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego, wg ich spisu przedłożonego na rozprawie.

I. W uzasadnieniu pisma zamawiający podniósł, co następuje.

W odwołaniu wniesionym w dniu 14 lutego 2013 r. odwołujący sformułował następujące zarzuty wobec czynności zamawiającego podjętych zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 grudnia 2012 r. (KIO 2696/12 i KIO 2727/12) oraz zaniechanych przez zamawiającego:

- 1) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Mardom-Bis Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, pomimo tego, że oferta wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny,
- 2) wyboru podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp oferty wykonawcy Mardom-Bis Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
- 3) zaniechania wezwania wykonawcy Mardom-Bis Sp. z o.o. do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp w związku z koniecznością ustalenia stanu faktycznego w zakresie okoliczności kwalifikujących przedmiot zamówienia, jako usługę kompleksową lub zbiór usług,
- 4) nierównego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Przesłanki odrzucenie odwołania.

II. Zamawiający wskazał, że odwołanie podlega odrzuceniu z dwóch przyczyn. Po pierwsze dlatego, iż odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę, a ponadto dlatego, że odwołanie dotyczy czynności, które zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby z dnia 21 grudnia 2012 r.

Zarzuty nr 1 i 2 stanowią powtórzenie zarzutów odwołującego sformułowanych w odwołaniu

z dnia 10 grudnia 2012 r., zarzut nr 3 jest bezpodstawny, gdyż stan faktyczny w zakresie traktowania usługi, jako kompleksowej lub zbioru usług przez wykonawcę Mardom-Bis Sp. z o.o. został jednoznacznie określony w złożonej ofercie. Poza tym dla skutecznego podniesienia zarzutu nr 3 odwołujący musiałby wykazać, jaką szkodę poniósł na skutek zarzucanego zamawiającemu zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień, a tego nie uczynił, zaś zarzut nr 4 nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia w postępowaniu zamawiającego, a w szczególności nie uzasadnia go teza postawiona przez odwołującego w pkt 17 uzasadnienia odwołania.

Orzecznictwo KIO wskazuje, że nie można skutecznie podnosić tego samego, rozstrzygniętego uprzednio zarzutu, albowiem w tym zakresie orzeczenie Izby korzysta z zasady *res iudicata*. Zarzutem korzystającym z powagi rzeczy osądzonej w przedmiotowej sprawie jest, podważany przez odwołującego po raz drugi, wybór jako najkorzystniejszej oferty Mardom-Bis Sp. z o.o., zaś okolicznościami, na które powołuje się po raz drugi odwołujący jest błąd w obliczeniu ceny związany z zastosowaną przez połowę wykonawców startujących w przetargu (w tym Mardom-Bis Sp. z o.o.) stawką 23 % VAT na całość usług czyszczenia, traktowanych jako usługa kompleksowa.

Odwołanie oparte ponownie na tych samych okolicznościach faktycznych winno zostać odrzucone.

III. Niezależnie od omówionej przyczyny odrzucenia odwołania, zamawiający wskazał, że odwołanie podlega odrzuceniu również dlatego, że dotyczy czynności, które zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby z dnia 21 grudnia 2012 r., tj. zamawiający unieważnił czynności wyboru ofert najkorzystniejszych i powtórzył czynności badania i oceny ofert, opierając w całości swe działania na wytycznych płynących z uzasadnienia orzeczenia Izby. Z uzasadnienia tego wynika wprost, że skoro w SIWZ zamawiający dał powód do odrębnej oceny przez wykonawców sposobu realizacji usługi, to nie powinien odrzucać żadnego z wykonawców uznając, że jego oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, jeśli podstawą tego błędu jest zastosowana przez wykonawcę stawka VAT wynikająca z zakwalifikowania usługi do usługi kompleksowej albo do zbioru usług, wedle projektu jej realizacji przez wykonawcę (por. karta 14 uzasadnienia wyroku KIO z dnia 21 grudnia 2012 r.).

Zamawiający uznał, że jedynie oferty dwóch z ośmiu wykonawców, tj. Zakłady Usługowe Zachód Sp. z o.o. oraz Impel Cleaning Sp. z o.o. wymagają złożenia wyjaśnień, w związku z koniecznością ustalenia stanu faktycznego w zakresie okoliczności kwalifikujących przedmiot zamówienia, jako usługę kompleksową lub zbiór usług, ponieważ w przedmiotowych ofertach wystąpiły rozbieżności pomiędzy wskazaniem udziału podwykonawców, a zastosowaną stawką podatku VAT na usługę opróżniania WC.

Jeżeli zamiar wykonawcy co do wykonania zamówienia za cenę, uwzględniającą odpowiedni - wedle uznania tego wykonawcy - podatek VAT nie budził wątpliwości (nie wymagał

dodatkowych wyjaśnień w świetle złożonej oferty), to zamawiający przyjął tak złożone oświadczenie i poddał je ocenie zgodnie z jego treścią. Wniosek, co do takiego postępowania wynikał również z powołanego wyżej wyroku KIO.

Zamawiający wskazał, że odwołanie (a szczególności argumenty podniesione pkt 12 i 13 uzasadnienia odwołania) stanowią w przeważającej mierze polemikę z treścią orzeczenia KIO, którą odwołujący miał ewentualnie czas zaprezentować składając skargę do Sądu na orzeczenie Izby, czego w przewidzianym terminie nie uczynił.

Odwołujący natomiast skorzystał ze środków ochrony wbrew dyspozycji art. 185 ust. 6 Pzp, który to przepis zamyka drogę do odwołania od czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby.

Z uwagi na przytoczone argumenty odwołanie winno zostać odrzucone w całości. Stąd jedynie z ostrożności procesowej zamawiający odniósł się poniżej do zarzutów odwołującego. Przesłanki oddalenia odwołania III. Ad 1.

Zarzut odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem nie można przyjąć by w świetle stanu faktycznego prowadzonego postępowania oraz przepisów ustawy odrzucenie oferty Mardom-Bis Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu było czynnością, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie Pzp.

Oferta wykonawcy Mardom-Bis Sp. z o.o. nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, gdyż nie zawiera błędu w obliczeniu ceny. Podążając tokiem rozumowania zaprezentowanym w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 21 grudnia 2012 r. (KIO 2696/12 oraz KIO 2727/12) w którym podano: *dla wykonawców którzy całość usługi realizują samodzielnie - poprzez swoich pracowników, poszczególne etapy usługi mogą być nierozróżnialne w szczególny sposób i niepodzielne, a opróżnianie WC jest po prostu częścią sprzątnia - skoro mogą je wykonywać nawet ci sami pracownicy, a wszelki podział byłby sztuczny. Dlatego też usługa jest uznawana przez nich za kompleksową. Natomiast wykonawcy zlecający czynności odbioru/opróżnienia pojemników WC wyspecjalizowanym firmom, podkreślają osobne zlecenie tych usług i osobne opodatkowanie, zatem traktują je jako zbiór usług.* Zamawiający przyjął i ocenił oferty wykonawców, którzy dla usługi odfekalniania wskazali zarówno 8% stawkę podatku VAT jak i wykonawców, którzy wskazali stawkę 23% na całość usług. Powyższe jest ściśle związane z indywidualnym projektem realizacji przez wykonawców biorących udział w postępowaniu usługi utrzymania w czystości pojazdów kolejowych. Wykonawca Mardom-Bis Sp. z o.o. wskazał w złożonej ofercie, że całość usługi, łącznie z usługą odfekalniania będzie realizował samodzielnie i zastosował na wszystkie usługi, łącznie z usługą odfekalniania stawkę 23%. Jeżeli zamiar wykonawcy, co do wykonania zamówienia za podaną cenę, uwzględniającą odpowiedni - wedle uznania tego wykonawcy - podatek VAT nie budził wątpliwości, to zamawiający przyjął tak złożone oświadczenie i poddał je ocenie zgodnie z jego treścią.

Zważywszy na treść wyroku KIO nie można przyjąć, że oferta ww. wykonawcy zawiera błędy w obliczeniu ceny i w związku z tym zamawiający winien był ją odrzucić.

Zamawiający stosując się do wskazań Izby nie miał podstaw do odrzucenia oferty Mardom-Bis Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, ponieważ oferta ta nie zawierała błędów w obliczeniu ceny, tak też jak nie zawierały błędów w tym zakresie wszystkie inne złożone w postępowaniu oferty, bowiem zastosowana przez każdego z wykonawców stawka VAT wynikała z zakwalifikowania usługi do usługi kompleksowej albo do zbioru usług, wedle projektu jej realizacji przez tego wykonawcę. Takie rozwiązanie w swym orzeczeniu przyjęła Izba i takie jego rozumienie potwierdza również sam odwołujący w pkt 13 uzasadnienia odwołania.

Ad 2. Zarzut odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający dokonał wyboru oferty firmy Mardom-Bis Sp. z o.o. ponieważ przedstawia najkorzystniejszy bilans kryteriów oceny ofert określony przez zamawiającego w rozdziale 15 SIWZ - kryterium oceny ofert dla każdego zadania: cena brutto - 100%.

Ad 3 i 4. Zarzuty odwołującego nie zasługują na uwzględnienie, z uwagi na to, iż pierwszy nich nie wiąże się z powstaniem szkody po stronie odwołującego, co wykazano w części II uzasadnienia odpowiedzi na odwołanie, zaś drugi należy uznać za chybiony. Zamawiający stosując się do wyroku KIO z dnia 21 grudnia 2012 r. (KIO 2696/12 oraz KIO 2727/12) z należytą starannością powtórzył czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w szczególności analizując sposób realizacji zamówienia przez wykonawców zadeklarowany w złożonych ofertach i związaną z tym zastosowaną stawką podatku VAT. Zamawiający uznał, że jedynie oferty firm Zakłady Usługowe Zachód Sp. z o.o. oraz Impel Cleaning Sp. z o.o. wymagają złożenia wyjaśnień, w związku z koniecznością ustalenia stanu faktycznego w zakresie okoliczności kwalifikujących przedmiot zamówienia, jako usługę kompleksową lub zbiór usług, ponieważ w przedmiotowych ofertach wystąpiły rozbieżności pomiędzy wskazaniem udziału podwykonawców, a zastosowaną stawką podatku VAT na usługę opróżniania WC. I tak:

1) Zakłady Usługowe Zachód Sp. z o.o. nie we wszystkich lokalizacjach, w których realizowana będzie usługa opróżniania WC wykazały udział podwykonawców, natomiast równocześnie we wszystkich lokalizacjach, w których realizowana będzie usługa opróżniania WC zastosowana została przez Spółkę stawka 8%,

2) Impel Cleaning Sp. z o.o. wykazała udział podwykonawców na opróżnianie WC, natomiast zastosował stawkę 23 % na usługę opróżniania WC.

W związku z powyższym, zamawiający w dniu 25 stycznia 2013 r. zwrócił się do ww. firm z prośbą o złożenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, w zakresie realizowania przedmiotowej usługi tzn. o opisanie stanu faktycznego, który stanowi podstawę do kwalifikowania usługi jako kompleksowej lub też jako zbioru usług.

Zamawiający nie zwrócił się z prośbą o złożenie wyjaśnień do pozostałych sześciu wykonawców, gdyż ich oferty jednoznacznie wskazywały sposób realizacji zadania i prawidłowość zastosowanej stawki podatku VAT, co z kolei pokrywało się z wyrokiem KIO, a mianowicie - tam gdzie wykonawca deklaruje udział podwykonawców przy usłudze opróżniania WC zastosowano stawkę 8% na przedmiotową usługę (oferty firm - Zakład Ogólnobudowlany Malarski i Porządkowy Cezary Kołada, Verdor, Zakłady Usługowe „Południe”), natomiast tam, gdzie wykonawca deklaruje wykonanie zamówienia samodzielnie zastosowano stawkę 23% (oferty firm - Mardom-Bis, Rebudach Plus s.c., Cargo Master).

Jednocześnie zamawiający wyjaśnił, że na każdym etapie postępowania jednakowo traktował wszystkich wykonawców, bez stosowania przywilejów, stosując jedną miarę do wszystkich wykonawców.

Ponadto zamawiający podkreślił, że ponowne rozstrzygnięcie postępowania przetargowego nr KW-P-24/2012 na *Utrzymanie w czystości pojazdów kolejowych użytkowanych przez Koleje Wielkopolskie Sp. z o.o.* zostało przeprowadzone zgodnie z wytycznymi przedstawionymi w wyroku KIO z dnia 21 grudnia 2012 r., a podnoszone przez odwołującego obecne uwagi zostały rozstrzygnięte w wyroku KIO (KIO 2696/12 oraz KIO 2727/12), do którego nie zostały w terminie do tego wyznaczonym zgłoszone odpowiednie środki ochrony prawnej przewidziane ustawą.

Zamawiający wskazał, że odwołujący korzysta ze środków ochrony prawnej wobec czynności wykonanych zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 grudnia 2012 r., co jest niedopuszczalne zgodnie z art. 185 ust. 6 ustawy.

Odwołanie utrudnia i opóźnia racjonalne wydatkowanie środków przez zamawiającego, uniemożliwia bowiem zamawiającemu zawarcie umowy z wybranym wykonawcą, a tym samym zmniejszenie wydatków ponoszonych na utrzymanie taboru w stosunku do aktualnie ponoszonych.

W związku z powyższym zamawiający uznał, że wnioski wskazane w *petitum* są konieczne i w pełni uzasadnione.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznała wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania na posiedzeniu z udziałem stron oraz oceniła z urzędu okoliczności wystąpienia przesłanek z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i uznała, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie pkt 4 i 5 podanego przepisu.

Wskazane przepisy art. 189 ust. 2 Pzp stanowią, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: 1) w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy; 2) odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony; 3) odwołanie zostało wniesione po upływie terminu

określonego w ustawie; 4) odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się; 5) odwołanie dotyczy czynności, która zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, która wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu; 6) w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2; 7) odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5.

Powyższe okoliczności stanowią obligatoryjne przesłanki odrzucenia odwołania na posiedzeniu Izby, w przeciwnym wypadku orzeczenie Izby byłoby dotknięte wadą skutkującą zmianą lub jego uchyleniem. Izba zobowiązana jest każdorazowo ocenić odwołanie pod kątem wystąpienia wskazanych przesłanek ustawowych.

W rozpoznanej na posiedzeniu sprawie Izba ustaliła, że w wyniku pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 29 listopada 2012 r., oferta wykonawcy Mardom-Bis Sp. z o.o. została wybrana, jako najkorzystniejsza w zadaniu nr I. W ofercie wykonawca wskazał jednolitą stawkę podatku VAT dla wszystkich rodzajów usług - 23%. W odwołaniu wniesionym przez odwołującego w dniu 10 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2727/12 (oferta odwołującego odrzucona), odwołujący obok zarzutów związanych z odrzuceniem jego oferty, podniósł również zarzuty wobec wyboru oferty wykonawcy Mardom-Bis Sp. z o.o. (z tańszą ceną oferty), w której wykonawca podał stawkę 23% VAT. W pkt 10 ówczesnego odwołania odwołujący podał, że zamawiający *traktuje usługi, jako jedno świadczenie i prawidłowym w jego ocenie powinno być zastosowanie stawki VAT w wysokości 23% dla całego przedmiotu zamówienia*. Okoliczność ta była przedmiotem zarzutu odwołania. Drugie odwołanie wniesione w tym samym postępowaniu w dniu 7 grudnia 2012 r. sygn. akt KIO 2696/12 przez innego wykonawcę zostało rozpoznane łącznie przez Izbę i wyrokiem z dnia 21 grudnia 2012 r. Izba uwzględniła oba odwołania oraz nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru ofert najkorzystniejszych i powtórzenie czynności badania i oceny ofert. W uzasadnieniu wyroku Izba wskazała m.in.: *Ze stanowisk stron wynika, że nie jest sporne również to, że usługi opróżniania WC (odfekalniania) są usługami, o których mowa w poz. 142 załącznika nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług, tj. usługami związanymi z odprowadzaniem i oczyszczaniem ścieków (PKWiU ex 37), które są objęte stawką podatku od towarów i usług w wysokości 8%. Przedmiotem sporu pomiędzy stronami jest to, czy wskazany w niniejszym postępowaniu przedmiot zamówienia powinien być traktowany na gruncie prawa podatkowego, jako usługa kompleksowa, czy też jako zbiór usług.*

(...) Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest utrzymanie w czystości

pojazdów kolejowych, na które składają się: czyszczenie okresowe zewnętrzne i wewnętrzne, czyszczenie podstawowe zewnętrzne i wewnętrzne, czyszczenie pobieżne, a także lub w ich ramach - z zależności od przyjętego poglądu - wodowanie (czyli napełnianie wodą zbiorników) i odfekalnianie (opróżnianie zbiorników WC).

Zamawiający otrzymał w postępowaniu osiem ofert - w czterech z nich przedmiotowa usługa została potraktowana, jako kompleksowa i dla wszystkich czynności zadeklarowano jednolitą stawkę 23%, w czterech natomiast dla czynności odfekalniania wskazano stawkę 8% (w jednej z nich również dla wodowania wskazano 8%, jednak oferta ta nie stanowi przedmiotu rozpoznania w niniejszym postępowaniu odwoławczym).

Prawidłowością, która, zdaniem Izby, wyznacza te dwie tendencje we wskazaniu stawek podatku od towarów i usług (a zatem i potraktowanie usługi, jako kompleksowej bądź nie) jest zadeklarowanie przez tych wykonawców wykonywania usługi samodzielnie lub przy udziale podwykonawców. Wykonawcy, którzy zaplanowali wykonywanie usługi bez udziału podwykonawców zastosowali stawkę jednolitą, natomiast ci, którzy będą korzystać z podwykonawców - inną stawkę dla usługi odfekalniania.

(...) Odwołujący - Zakłady Usługowe „Południe” Sp. z o.o. oświadczył podczas rozprawy, że on również w zakresie odfekalniania korzystać będzie z podwykonawcy. I on również w tym zakresie wskazał stawkę VAT 8%.

(...) Teoretyczne zasady, które pozwalają zakwalifikować daną usługę jako kompleksową, zostały wskazane w orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz Naczelnego Sądu Administracyjnego i są one stronom znane, nie jest zatem konieczne ich przywoływanie. Wskazują one na to, że zasadą podatkową jest odrębne opodatkowanie każdej z usług, a traktowanie usługi, jako kompleksowej może nastąpić po spełnieniu warunków, głównie rozróżnienia na usługi główne i pomocnicze oraz ze względu na sztuczność ekonomiczną dokonywania podziału usługi na odrębne usługi.

W oczywisty sposób stwierdzenie, czy dana usługa jest usługą kompleksową, czy też nie, zależy od konkretnego stanu faktycznego - w tym sposobu realizacji usługi. Skoro zaś zależy to od indywidualnej oceny stanu faktycznego, nie da się uniknąć pewnej uznaniowości w tym zakresie.

(...) Przy tym analizując treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia można dojść zarówno do wniosku, że usługę tę należy potraktować, jako kompleksową, jak i jako zbiór usług. I rzeczywiście nie ma tu znaczenia, czy zamawiający użył w tytule zamówienia określenia „kompleksowa” lub też jednego kodu CPV (nie byłoby też istotne, gdyby był on kompletnie błędny). Podstawą ustaleń jest treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i poszczególnych załączników do niej. Rzeczywiście w rozdziale 3. „Opis przedmiotu zamówienia” zamawiający wskazuje tylko ogólnie na usługę utrzymania w czystości, a w załączniku nr 8 zawierającym szczegółowy opis przedmiotu zamówienia w § 3 „Szczegółowe

wymagania utrzymania w czystości pojazdów kolejowych” zamawiający opróżnianie WC i wodowanie opisał, jako część utrzymania w czystości pomieszczeń WC. Jednak jednocześnie w § 4 tego załącznika pod tytułem „Czynności dodatkowe” napełnianie zbiorników wodą (wodowanie) i opróżnianie zbiornika fekalia wyodrębnił, jako czynności dodatkowe, które wykonuje się w celu utrzymania czystości pojazdów kolejowych. Także w załącznikach 1a i 1b (tabele wyceny) zamawiający wyodrębnił usługę odfekalniania i wodowania od innego rodzaju czyszczenia, przy tym z zawartej tam jako podstawa wyceny „przewidywanej ilości sprzętań wg typu pojazdu w okresie obowiązywania umowy” wynika, że ilości czyszczeń, opróżniania WC i wodowania są różne, np. 1) dla SA105 czyszczenie pobieżne, czyszczenie podstawowe wewnętrzne i zewnętrzne 105 razy, czyszczenie okresowe wewnętrzne i zewnętrzne 12 razy, opróżnianie WC i wodowanie 112 razy, 2) dla SA108 czyszczenie pobieżne 261 razy, czyszczenie podstawowe wewnętrzne i zewnętrzne 485 razy, czyszczenie okresowe wewnętrzne i zewnętrzne 36 razy, opróżnianie WC i wodowanie 521 razy, 3) dla SA132/4 czyszczenie pobieżne 1250 razy, czyszczenie podstawowe wewnętrzne 575 razy, czyszczenie podstawowe zewnętrzne 735 razy, czyszczenie okresowe wewnętrzne 50 razy, czyszczenie okresowe zewnętrzne 150 razy, opróżnianie WC i wodowanie 885 razy.

Zatem rzeczywiście oznacza to, że poszczególne elementy usługi nie będą zlecane i wykonywane jednocześnie w ramach „zwykłego” sprzętania.

Tym samym, skoro zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dał powód do odrębnej oceny przez wykonawców sposobu realizacji usługi, nie jest zaskakujące, że wykonawcy zakwalifikowania usługi do usługi kompleksowej albo zbioru usług dokonali według swojego projektu realizacji tej usługi.

Zatem dla wykonawców, którzy całość usługi realizują samodzielnie - poprzez swoich pracowników, poszczególne etapy usługi mogą być nierozróżnialne w szczególny sposób i niepodzielne, a opróżnianie WC jest po prostu częścią sprzętania - skoro mogą je wykonywać nawet ci sami pracownicy, a wszelki podział byłby sztuczny. Dlatego też usługa jest uznawana przez nich za kompleksową.

Natomiast wykonawcy zlecający czynności odbioru/opróźniania pojemników WC wyspecjalizowanym firmom, podkreślają osobne zlecenie danych usług i ich osobne opodatkowanie, zatem traktują je jako zbiór usług.

Prawidłowość takiego podejścia potwierdza z kolei stanowisko Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu wyrażone w przedstawionej przez odwołującego - Zakłady Usługowe „Południe” Sp. z o.o. interpretacji indywidualnej z 30 kwietnia 2012 roku sygn. ILPP1/443-97/12-3/A1, w której Dyrektor Izby Skarbowej, po zapoznaniu się ze sposobem świadczenia usługi przez podatnika wyraził stanowisko, że usługę tę należy traktować jako zbiór usług ze względu na to, że w praktyce wystawiane są comiesięczne faktury z pozycjami kosztorysu, na usługę

składają się zarówno usługi stricte utrzymania czystości wagonu, jak i usługi specjalistyczne opróżniania pojemników WC, usługi te są zlecane niezależnie od siebie, nie są to usługi współzależne i nie mają wobec siebie funkcji usługi głównej i pomocniczej.

Każdy z tych poglądów mieści się w ramach teoretycznych zasad podziału usługi na kompleksowe i nie-kompleksowe.

(...) Powyżej przywołana interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu pozwala też domniemywać, że organy podatkowe takiego wskazania stawki VAT nie uznałyby za błąd w naliczeniu (czy na tym etapie - zadeklarowaniu naliczenia) podatku od towarów i usług, a skoro tak - to i zamawiający nie powinien uznać go za błąd w obliczeniu ceny oferty.

Izba zacytowała spory fragment uzasadnienia wyroku z dnia 21 grudnia 2012 r., w celu wskazania, że okoliczności podniesione w obecnym odwołaniu (konstrukcja i argumentacja bardzo zbliżona do odwołania z dnia 10 grudnia 2012 r. wniesionego przez tego samego odwołującego), były podnoszone w odwołaniu pierwotnym i co istotne, były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę, zatem podnoszone okoliczności w obecnym odwołaniu stanowią wyłącznie te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia Izby, co wskazuje wypełnienie przesłanki z art. 189 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Rozstrzygnięcie przedstawione w wyroku Izby z dnia 21 grudnia 2012 r. zobowiązało zamawiającego do powtórzenia czynności badania i oceny ofert w sposób przedstawiony w uzasadnieniu wyroku. Zarówno z dokumentacji postępowania zamawiającego, odpowiedzi na odwołanie oraz wyjaśnień złożonych na posiedzeniu Izby wynika, że zamawiający powtórzył nakazane czynności w sposób wynikający z uzasadnienia wyroku Izby. Uznał, że w ofertach z kompleksowym potraktowaniem usługi wykonawcy zastosowali 23% stawkę podatku, natomiast w przypadku uznania usługi, jako zbioru usług 8% stawkę VAT. Do dwóch wykonawców, gdzie wymagały tego okoliczności, zamawiający wystąpił o złożenie wyjaśnień. Nie odrzucił żadnej oferty. Wybrał w zadaniu nr I ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryterium oceny ofert, cena o znaczeniu 100%. Oferta ta zgodnie z wyrokiem Izby, nie podlegała odrzuceniu, wskazywała jednolitą stawkę podatku VAT 23 % dla usługi kompleksowej. Zatem, okoliczności przedstawione w obecnym odwołaniu wypełniają również drugą przesłankę odrzucenia odwołania, o której stanowi art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp, gdyż zamawiający wykonał czynności zgodnie z treścią wyroku Izby.

Z powyższych względów odwołanie nie mogło być rozpoznane na rozprawie i zostało odrzucone na posiedzeniu, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 4 i 5 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do jego wyniku oraz § 3 pkt 1 lit. a, pkt 2 lit. b i § 5 ust. 3 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....