

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 5 września 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Członkowie:** **Honorata Łopianowska**

**Jolanta Markowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 5 września 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2012 r. przez wykonawcę **Kolejowe Zakłady Usługowe Sp. z o.o., 80-557 Gdańsk, ul. Marynarki Polskiej 80**, w postępowaniu prowadzonym przez „Przewozy Regionalne” Sp. z o.o., 03-414 Warszawa, ul. Wileńska 14a,

**postanawia:**

**1) odrzuca odwołanie;**

2) kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Kolejowe Zakłady Usługowe Sp. z o.o., 80-557 Gdańsk, ul. Marynarki Polskiej 80** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę, tytułem wpisu od odwołania.

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 niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający: „Przewozy Regionalne” Sp. z o.o. w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, na wykonanie „Kompleksowej usługi utrzymania w czystości taboru kolejowego”.

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (w skrócie „Pzp”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 listopada 2011 r., nr 2011/S 223-362484.

Odwołujący: Kolejowe Zakłady Usługowe Sp. z o.o. w Gdańsku wniósł, na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 Pzp, odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego i unieważnieniu postępowania w zakresie zadań 3 i 9.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp:

1) art. 89 ust. 1 pkt 6 przez odrzucenie oferty odwołującego pomimo, że oferta nie zawiera błędów w obliczeniu ceny,

2) art. 93 ust. 1 pkt 1 przez unieważnienie postępowania pomimo, że w tych zadaniach została złożona ważna oferta,

3) art. 7 ust. 1 przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z zarzutami odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania;

2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadań 3 i 9,

3) nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert (w zakresie zadań 3 i 9), a w konsekwencji nakazanie dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

I. W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę zgodną z treścią SIWZ oraz może ponieść szkodę z powodu odrzucenia oferty i unieważnienia postępowania (art. 179 ust. 1 Pzp).

II. Zachowanie terminu i wymogów formalnych. Odwołujący stwierdził, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż wraz z odwołaniem odwołujący złożył wniosek o przywrócenie terminu do wniesienia odwołania, uścił wpis i przekazał kopię odwołania zamawiającemu.

III. Analiza prawna i faktyczna. III. a. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 i art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

W dniu 23 kwietnia 2012 r. zamawiający przekazał odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszych ofert i o unieważnieniu postępowania na zadania 3 i 9, z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu. Zamawiający odrzucił wszystkie oferty złożone na te zadania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, a dodatkowo ofertę wykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Impel Cleaning Sp. z o.o. wniósł w dniu 4 maja 2012 r. odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie (w zakresie zadań 3 i 9) art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 93 ust. 1 pkt 1, art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 maja 2012 roku, sygn. akt KIO 904/12, potwierdziła prawidłowość czynności zamawiającego, który uznał, że złożenie ofert przez Impel Cleaning Sp. z o.o. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i odrzucił ofertę tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, Izba uwzględniła zarzut Impel Cleaning Sp. z o.o. i uznała, że zamawiana przez zamawiającego usługa ma charakter kompleksowy, a zatem przyjęcie przez wykonawców podstawowej stawki VAT na poziomie 23% było prawidłowe. Izba uznała, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp zasługuje na uwzględnienie (strona 38 i 39 wyroku). Zwróciła uwagę, że zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp, Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Pomimo potwierdzenia zarzutów naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, Izba oddaliła odwołanie, gdyż uznała, że złożenie ofert przez Impel Cleaning Sp. z o.o. na opisane zadania, stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, a w takiej sytuacji uwzględnienie zarzutu w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, nie ma wpływu na wynik postępowania, ponieważ oferta Impel Cleaning Sp. z o.o. i tak podlega odrzuceniu (strona 39 wyroku).

Impel Cleaning Sp. z o.o. złożył w dniu 27 czerwca 2012 r. skargę do Sądu Okręgowego w Warszawie oraz wniosek o zwolnienie od kosztów sądowych.

W dniu 27 lipca 2012 r. wydano postanowienie o przekazaniu sprawy do rozpoznania Sądowi Okręgowemu dla Warszawy-Pragi w Warszawie. Z informacji uzyskanych telefonicznie od pracowników sekretariatu Sądu Okręgowego dla Warszawy-Pragi w

Warszawie, IV Wydział Cywilno-Odwoławczy, w dniu 27 sierpnia 2012 r., wynika, że mimo wydanego postanowienia, akta sprawy nie zostały przekazane do tego Sądu.

Odwołujący podniósł, że mimo treści wyroku, zamawiający nie dokonał unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadań 3 i 9 i unieważnienia odrzucenia ofert z prawidłową stawką VAT (tj. odwołującego), bowiem zamawiający oczekiwał na rozpoznanie sprawy przez sąd właściwy. Dlatego odwołujący został zmuszony do złożenia odwołania wraz z wnioskiem o przywrócenie terminu do wniesienia odwołania.

Wobec takiego stanu rzeczy (z ostrożności procesowej, mimo, że na mocy wyroku stwierdzono już prawidłowość stawki VAT zaoferowanej przez odwołującego), odwołujący wskazał, iż zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia przedmiotem zamówienia jest świadczenie kompleksowej usługi utrzymania w czystości taboru kolejowego, tj. wagonów osobowych, elektrycznych zespołów trakcyjnych, autobusów szynowych i lokomotyw. W oparciu o klasyfikację Wspólnego Słownika Zamówień (CPV), usługi zostały określone, jako usługi czyszczenia urządzeń transportowych. Usługi stanowią świadczenie złożone, kompleksowe podlegające opodatkowaniu podatkiem VAT według stawki przewidzianej dla świadczenia głównego, tj. utrzymania w czystości (kompleksowego czyszczenia, mycia, sprzątania) taboru kolejowego. Odwołujący wskazał, że takie samo stanowisko wyraziła Izba w wyroku podając, że „Zdaniem Izby treść specyfikacji, co prawda wprost nie wskazuje, że wykonawcy w złożonych ofertach winni zastosować jednolitą stawkę podatku VAT. Jednakże z opisu przedmiotu zamówienia oraz treści pozostałych postanowień SIWZ jednoznacznie wynika, że w rozpoznawanym przypadku mamy do czynienia z usługą o charakterze kompleksowym, gdyż zamawiający w specyfikacji nie tylko zdefiniował pojęcie kompleksowej usługi utrzymania w czystości taboru kolejowego, ale także konsekwentnie je stosował w poszczególnych częściach SIWZ” (strona 31 i następane wyroku).

Odwołujący stwierdził, że kompleksowa usługa utrzymania taboru kolejowego jest sklasyfikowana w grupowaniu PKWiU 81.29.19.0 „Pozostałe usługi sprzątania i czyszczenia, gdzie indziej nieskasyfikowane”. Przepisy dotyczące podatku VAT nie wymieniają usług sprzątania i czyszczenia (PKWiU 81.29.19.0) wśród usług, do których miałyby zastosowanie obniżona stawka podatku VAT lub zwolnienie z opodatkowania. W związku z powyższym, usługi kompleksowego utrzymania w czystości taboru kolejowego są opodatkowane podstawową stawką VAT - 23%.

III. b. Naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp. Odwołujący uznał, że zamawiający przez dokonanie czynności, do których był zobowiązany na podstawie Pzp, naruszył zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż tylko prawidłowe stosowanie przepisów pozwala na równe traktowanie wykonawców

oraz na zachowanie konkurencyjności postępowania. Wskazał, że charakter ogólny tej zasady został uszczegółowiony, m.in. w przepisach zobowiązujących zamawiającego do zapewnienia wykonawcom konkurowania na równych warunkach. Obowiązkiem takim jest konieczność przeprowadzenia badania i eliminowania z postępowania ofert, które są niezgodne z Pzp czy dokumentacją przetargową. Odwołujący stwierdził, że kontrola ofert z punktu widzenia oferty najkorzystniejszej (art. 91 ust. 1 Pzp), jest również wyrazem poszanowania zasady określonej w art. 7 Pzp. Stwierdził więc, że zamawiający dokonując weryfikacji ofert, powinien kierować się takimi samymi zasadami w stosunku do wszystkich wykonawców. Jeżeli zatem, wyrok KIO wpływa na sposób oceny ofert wykonawców, to zamawiający powinien zastosować wyrok do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, a nie tylko do odwołującego czy przystępujących do postępowania odwoławczego.

Odwołujący złożył też w dniu 29 sierpnia 2012 r. wniosek o przywrócenie terminu do wniesienia odwołania, na podstawie przepisów art. 168 i art. 169 Kpc. W uzasadnieniu powtórzył analizę prawną i faktyczną przedstawioną w odwołaniu, a zasadność wniosku argumentował następująco: „Wobec faktu, iż mimo treści wyroku, zamawiający nie dokonał unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadań 3 i 9 i unieważnienia odrzucenia ofert z prawidłową stawką VAT (tj. odwołującego), bowiem zamawiający oczekiwał na rozpoznanie sprawy przez sąd właściwy - wobec powzięcia przez odwołującego informacji, iż Sąd Okręgowy w Warszawie nie nadaje, przez okres ponad dwóch miesięcy, sprawie prawidłowego biegu - niniejszy wniosek jest konieczny.” W dalszej części uzasadnienia wniosku, odwołujący argumentując, że orzeczenie Izby dotyczące danej kwestii ma zastosowanie do czynności powtórzonego badania i oceny ofert wszystkich wykonawców, niezależnie czy byli stronami lub uczestnikami postępowania odwoławczego, czy też nie, stwierdził, że zachowania terminu do złożenia pisma (wniosku o przywrócenie terminu do wniesienia odwołania), dowodzi fakt powzięcia informacji o nienadaniu sprawie prawidłowego biegu przez Sąd Okręgowy w Warszawie, co nastąpiło w dniu sporządzania pisma (wniosku).

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Przepis art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp stanowi, że odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2, albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Informacja o odrzuceniu oferty odwołującego i unieważnieniu postępowania na

zadania 3 i 9 została przesłana odwołującemu w dniu 23 kwietnia 2012 r. Termin do wniesienia odwołania od tych czynności upłynął w dniu 4 maja 2012 r., ze względu na fakt, że 3 maja 2012 r. był dniem ustawowo wolnym od pracy. Okoliczności te nie budzą żadnych wątpliwości i nie stanowią przedmiotu sporu. Odwołanie wniesione po dniu 4 maja 2012 r., jest odwołaniem wniesionym po upływie terminu określonego w ustawie i na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, podlega odrzuceniu, niezależnie od przyczyn powodujących niezachowanie ustawowego terminu.

Terminy do wniesienia odwołania są terminami zawitymi, ich upływ powoduje wygaśnięcie uprawnień wykonawcy do korzystania ze środków ochrony prawnej i nie podlegają one przywróceniu w żadnym przypadku, co zostało jednoznacznie potwierdzone w orzecznictwie i doktrynie (m.in. postanowienia Izby - z dnia 12 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1341/10, z dnia 5 stycznia 2011r., sygn. akt KIO 2755/10).

Izba nie ma podstaw do zastosowania, wskazanych we wniosku o przywrócenie terminu, przepisów Kpc, gdyż na mocy art. 185 ust. 7 Pzp, do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o sądzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa nie stanowi inaczej. Przepisy Pzp stanowią o terminach i sposobie wnoszenia odwołania, brak jest zatem podstaw do stosowania przepisów Kpc o sądzie polubownym, a także art. 168 i art. 169 - przepisów ogólnych o czynnościach procesowych.

Brak jest też podstaw do uznania, że na podstawie wyroku Izby z dnia 28 maja 2012 r., sygn. akt KIO 904/12, 911/12 i 918/12 oraz w związku z wniesieniem skargi na ten wyrok, odwołujący uzyskał możliwość wniesienia odwołania po upływie ustawowego terminu. Izba uznała w wyroku, że zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp potwierdził się. Wskazała, że „Konsekwencją uwzględnienia zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp jest uznanie naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, przez unieważnienie postępowania w zadaniu nr 3 i 9 (...)\", str. 39 wyroku. Nakazała jednak unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Usługowe Sp. z o.o. we Wrocławiu i powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty tego wykonawcy, wyłącznie w zakresie zadań 10 i 14. W zakresie zadań 3 i 9 Izba nie nakazała zamawiającemu dokonania czynności, oddalając odwołanie w związku z art. 192 ust. 2 Pzp.

Wykonanie, bądź zaniechanie wykonania wyroku Izby przez zamawiającego, nie stanowi, zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp, przedmiotu odwołania i nie może być rozpoznawane w postępowaniu odwoławczym. Kwestia ta została uregulowana w przepisach art. 197 Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Izba odrzuciła odwołanie na podstawie art. 189 ust. 2

pkt 3 Pzp.

O kosztach postępowania rozstrzygnięto stosownie do wyniku postępowania zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 oraz § 3 pkt 1 lit. a i § 5 ust. 4 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:** .....

.....