

**WYROK**

**z dnia 20 lutego 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Beata Konik**

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lutego 2019 r. przez **SUEZ Małopolska spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Oddział w Nowym Sączu**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Prokuraturę Okręgową w Nowym Sączu**, przy udziale wykonawcy W. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo - Usługowa CATALEIA W. K., zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie podniesionego zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp i nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy W. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo - Usługowa CATALEIA W. K. jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny oraz ponowne badanie i ocenę ofert. Pozostałe zarzuty odwołanie uznaje za niepotwierdzone.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Prokuraturę Okręgową w Nowym Sączu i:
  - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. Zasądza od zamawiającego Prokuratury Okręgowej w Nowym Sączu, na rzecz odwołującego SUEZ Małopolska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Oddział w Nowym Sączu kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) tytułem zwrotu wynagrodzenia pełnomocnika.

**Sygn. akt: KIO 213/19**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz.1579 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Nowym Sączu.

Przewodniczący: .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający, Prokuratura Okręgowa w Nowym Sączu, prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Usługi w zakresie przewozu i przechowywania zwłok ludzkich dla potrzeb Prokuratur Rejonowych Okręgu nowosądeckiego”, znak postępowania: PO VII WB 261.1.2019. Zamówienie zostało podzielone na 6 zadań, przedmiotowe odwołanie dotyczy Zadania nr 1. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 15 stycznia 2019 r., pod numerem 503611-N-2019.

W dniu 6 lutego 2019 r. odwołujący SUEZ Małopolska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Oddział w Nowym Sączu wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego dotyczących Zadania nr 1, polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę W. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo - Usługowa CATALEIA W. K. oraz zaniechaniu odrzucenia tej oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie niżej wskazanych przepisów ustawy Pzp:

- 1) naruszenie 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w związku z zasadą jednolitej stawki VAT dla tzw. usług kompleksowych (m.in. wyroki TSUE w sprawach: C-349/96 Gard Protection Plan Ltd (CPP) v. Commissioners of Customs and Excise; C-276/09 Everything Everywhere Ltd; C-572/07 RLRE Tellmer Property sro) oraz art. 41 ust. 2 i art. 146aa ust. 1 pkt 2 w związku z poz. 157 i 180 załącznika nr 3 ustawy o podatku od towarów i usług - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CATALEIA, złożonej na realizację Zamówienia, pomimo tego, że zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na zastosowaniu nieprawidłowej 23% stawki podatku VAT m.in. do czynności dostawy worków, dokonywanej w ramach kompleksowej usługi przewozu zwłok ludzkich, do której znajduje zastosowanie 8% stawka podatku VAT;
- 2) naruszenie 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CATALEIA, złożonej na realizację Zamówienia, pomimo tego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na przypisaniu elementom składowym tej oferty innej wartości, niż rzeczywiście winny być im przypisane, w celu takiego skonstruowania ceny swojej oferty, aby działanie to dało jej możliwość przewagi konkurencyjnej i w konsekwencji pozwoliło na uzyskanie Zamówienia;

względnie:

- 3) naruszenie art. 90 ust. 1 PZP - poprzez zaniechanie wezwania CATALEIA do przedłożenia wyjaśnień i dowodów potwierdzających możliwość wykonania istotnych części składowych przedmiotu Zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, za cenę: 1,08 zł - za zbieranie zwłok, 1,08 zł - za załadunek zwłok, 1,08 zł - za wyładunek zwłok, 10,80 zł - ryczał za transport zwłok na terenie miasta (rażąco niska cena); a wskutek dopuszczenia się przez Zamawiającego ww. naruszeń,
- 4) naruszenie art. 91 ust. 1 PZP - poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującej, złożonej na realizację Zamówienia, pomimo tego, że nie podlegała ona odrzuceniu i była ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie „Zadania nr 1” (Przewóz zwłok ludzkich na terenie działania Prokuratury Rejonowej w Nowym Sączu),
- 2) dokonanie czynności odrzucenia oferty CATALEIA z postępowania w zakresie „Zadania nr 1”,
- 3) dokonanie wyboru oferty Odwołującej jako najkorzystniejszej w zakresie „Zadania nr 1”,

względnie (w przypadku nieuwzględnienia wniosku nr 2 i 3):

- 4) wezwanie CATALEIA do przedłożenia wyjaśnień w zakresie możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów za wskazane przez niego w ofercie wynagrodzenie, ze szczególnym uwzględnieniem istotnej części zamówienia, obejmującej usługi zbierania, załadunku i wyładunku zwłok oraz transportu na terenie miasta.
- 5) zasądzenie na rzecz Odwołującej kosztów postępowania według norm przepisanych, obejmujących mi.in. koszty poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz opłaty skarbowej, a także inne ewentualne koszty wedle wyliczenia, które zostanie przedstawione na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że zaskarżone czynności Zamawiającego naruszają interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia gdyż w przypadku prawidłowego przeprowadzenia przez Zamawiającego czynności oceny złożonych ofert, a w jego następstwie - odrzucenia oferty CATALEIA na realizację zamówienia, to oferta Odwołującego zostanie uznana jako

najkorzystniejsza. W przedmiotowym postępowaniu, w ramach Zadania nr 1 zostały złożone dwie oferty, a oferta Odwołującej otrzymała drugą w kolejności ilość punktów.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

#### I. BŁĄD W OBLICZENIU CENY.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem 1 rozdziału II SIWZ oraz § 1 ust. 1 lit. a wzoru umowy (załącznik nr 4 do SIWZ) - przedmiotem Zamówienia jest usługa przewozu i przechowywania zwłok ludzkich, przy czym usługa przewozu zwłok obejmuje także zapewnienie worków na zwłoki. Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego, czynność dostawy worków ma charakter pomocniczy (służebny) względem usługi przewozu zwłok, będącej głównym przedmiotem zamówienia. Pomocniczy charakter czynności dostawy worków potwierdza również dokonana przez Zamawiającego klasyfikacja przedmiotu zamówienia wg kodów CPV. Odwołujący wskazał, że zgodnie z utrwaloną w doktrynie i orzecznictwie prawnopodatkowym wykładnią prawną - w przypadku świadczenia o charakterze kompleksowym, na które składa się czynność podstawowa i której wykonanie było celem zawartej umowy oraz czynności pomocnicze, które wykonanie umowy miały ułatwić lub też być niezbędnymi do jej wykonania, stosować należy jedną stawkę podatku VAT, właściwą dla czynności podstawowej. Powyższa zasada została wywiedziona i utrwalona w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE [m.in. wyroki w sprawach: C-349/96 Card Protection Plan Ltd (CPP) v. Commissioners of Customs and Excise; C-276/09 Everything Everywhere Ltd; C-572/07 RLRE Tellmer Property sro], w którym wskazywano, że każde świadczenie obejmujące z ekonomicznego punktu widzenia jedną usługę nie powinno być sztucznie dzielone, bo mogłoby to prowadzić do nieprawidłowości w funkcjonowaniu systemu podatku VAT. W związku z powyższym dla celów VAT Trybunał Sprawiedliwości nakazywał ustalać, czy świadczenie usług złożonych, tj. obejmujących kilka części składowych, jest świadczeniem kompleksowym, co z kolei ma miejsce wówczas, gdy relacja poszczególnych czynności (świadczeń) wykonywanych na rzecz jednego nabywcy dzieli je na świadczenie podstawowe i świadczenia pomocnicze - tzn. takie, które umożliwiają skorzystanie ze świadczenia podstawowego lub są niezbędne dla możliwości skorzystania ze świadczenia podstawowego. Jeżeli jednak świadczenia te można rozdzielić tak, że nie zmieni to ich charakteru ani wartości z punktu widzenia nabywcy - wówczas świadczenia takie powinny być traktowane jako dwa (lub więcej) niezależnie opodatkowane świadczenia. Powyższe dyrektywy wykładni prawnej na gruncie podatku VAT powszechnie stosowane są także w orzecznictwie polskich sądów powszechnych i administracyjnych, w tym także w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie [m.in. wyrok z 05.07.2006 r. o sygn. I FSK 945/05, publ. CBOSA]. Odwołujący podkreślił, iż ocena prawnopodatkowa

analogicznej sytuacji, tj. dotyczącej zastosowania stawki podatku VAT do czynności dostawy worków, dokonywanej w ramach kompleksowej usługi odbioru odpadów komunalnych, została wielokrotnie wyjaśniona zarówno w indywidualnych interpretacjach prawa podatkowego Ministra Finansów [np.: interpretacja z 18.03.2016 r., znak: ILPP1/4512-1-908/15-6/TK; interpretacja z 05.02.2014 r., znak: IPTPP1/443-841/13-4/RG], jak i w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej [np. wyrok z 18.02.2016 r., sygn. KIO 105/16].

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, w niniejszym postępowaniu przedmiot zamówienia publicznego stanowi usługa kompleksowa przewozu zwłok, która - bez względu na sklasyfikowanie jej w grupowaniu PKWiU 49.39 lub 96.03 (odpowiednio w klasyfikacji CPV: 60130000-8 oraz 98370000-7) - podlega opodatkowaniu według 8% stawki podatku VAT, zgodnie z art. 41 ust.2 i art. 146aa ust. 1 pkt 2 w związku z poz. 157 i 180 załącznika nr 3 do ustawy o VAT. Mając zaś na uwadze, że dostawa worków na zwłoki ludzkie na rzecz Zamawiającego stanowi niezbędne świadczenie pomocnicze wobec usługi zasadniczej, jaką jest przewóz zwłok ludzkich, zgodnie z treścią SIWZ, należy uznać, że świadczenie pomocnicze - jakim jest w tym przypadku dostawa worków - należy opodatkować na warunkach właściwych dla usługi zasadniczej, czyli według stawki 8% VAT. W tym stanie rzeczy, mając na uwadze, iż Zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT, należy uznać, że oferta CATALEIA zawiera błąd w obliczeniu ceny, który - bez względu na skalę i rozmiar uchybienia - nie podlega konwalidacji [tak m.in.: uchwała SN z 20.10.2011 r., sygn. III CZP 52/11, publ. OSNC 2012/4/44; wyrok KIO z 17.07.2018 r., sygn. KIO 1299/18, publ. LEX nr 2567832].

## II. UKSZTAŁTOWANIE CEN OFERTOWYCH JAKO CZYN NIEUCZCIWEJ KONKURENCJI.

Zaproponowane przez CATALEIA ceny, dotyczące istotnych elementów oferty dla Zadania nr 1 (obszar właściwości Prokuratury Rejonowej w Nowym Sączu), dotyczące istotnych elementów oferty, tj. usługi zbierania zwłok (1,08 zł), załadunku zwłok (1,08 zł), wyładunku zwłok (1,08 zł), a także cena ryczałtowa za transport zwłok na terenie miasta (10,80 zł), są diametralnie inne od ceny wskazanej przez CATALEIA dla tych samych rodzajów świadczeń w ramach tego samego zamówienia publicznego w części dotyczącej Zadania nr 2 (obszar właściwości Prokuratury Rejonowej w Muszynie). Dla przykładu ceny jednostkowe za realizację usług zbierania zwłok, załadunku zwłok i wyładunku zwłok, wskazane przez tego wykonawcę dla Zadania nr 1 na poziomie 1,08 zł dla każdej z ww. usług, dla Zadania nr 2 wynoszą po 162,00 zł, a więc różnica cen wskazanych przez CATALEIA w ofertach na Zadanie nr 1 i Zadanie nr 2 za usługi zasadniczo tożsame wynosi aż 15000 %. W tym stanie rzeczy należy stwierdzić, iż zaproponowane w ofercie na Zadanie nr 1 ceny dla istotnych części Zamówienia z całą pewnością nie wynikają z obiektywnych czynników, w szczególności

metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla odwołującego, czy też wpływu pomocy publicznej udzielonej odwołującemu na podstawie odrębnych przepisów. Przypisując ww. usługom, stanowiącym istotną część składową przedmiotu zamówienia, inne wartości, niż rzeczywiście winny być im przypisane, CATALEIA tak skonstruowała cenę swojej oferty dla Zadania nr 1, że działanie to dało jej możliwość zdobycia przewagi konkurencyjnej i w konsekwencji pozwoliło na uzyskanie najwyższej ilości punktów, biorąc pod uwagę zastosowaną przez Zamawiającego wagę poszczególnych elementów oferty. Powyższa sytuacja implikowała więc obowiązek odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez CATALEIA na podstawie 89 ust. 1 pkt 3 PZP, jako stanowiącej niestypizowany czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący podkreślił, że działanie CATALEIA nie wypełnia wprost przesłanek żadnego ze stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, o których mowa w art. 5-17 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jednak nawet wtedy, gdy kwestionowane zachowania nie mieszczą się w hipotezie żadnego z wyspecyfikowanych przepisów, powstaje uzasadnienie dla ich oceny w świetle unormowań art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, określającego uniwersalną postać czynu nieuczciwej konkurencji. W myśl art. 3 ust. 1 ww. ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania CATALEIA w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest więc, zdaniem Odwołującego, "manipulowanie" cenami poszczególnych usług, a w konsekwencji ceną oferty, aby otrzymać Zamówienie. Ponieważ takie działanie zagraża niewątpliwie interesom Odwołującego, który prawidłowo skalkulował cenę za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i znalazł się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny jego oferty, niewątpliwym jest, że działanie CATALEIA utrudniło mu dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ [por.: wyrok KIO z dnia 13.01.2012 r., sygn. akt KIO 2787/11; wyrok KIO z 26.09.2012 r., sygn. KIO 1934/12].

### III. RAŻĄCO NISKA CENA.

Odwołujący wskazał, że zaproponowane przez CATALEIA ceny, dotyczące istotnych elementów oferty, tj. usługi zbierania zwłok (1,08 zł), załadunku zwłok (1,08 zł), wyładunku zwłok (1,08 zł), a także cena ryczałtowa za transport zwłok na terenie miasta (10,80 zł), w oczywisty sposób nie pozwalają na pokrycie choćby istotnej części kosztów realizacji tych usług, a tym samym nasuwają poważne wątpliwości do co możliwości prawidłowego wykonania zamówienia, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Okoliczność tą potwierdza oferta złożona przez CATALEIA na Zadanie nr 2 w ramach przedmiotowego zamówienia (rejon działania Prokuratury Rejonowej w Muszynie), w której wskazała znacznie wyższe ceny dla

tych samych rodzajów świadczeń. Ceny jednostkowe za realizację usług zbierania zwłok, załadunku zwłok i wyładunku zwłok, wskazane przez CATALEIA dla Zadania nr 1 (rejon działania Prokuratury Rejonowej w Nowym Sączu) na poziomie 1,08 zł, dla Zadania nr 2 (rejon działania Prokuratury Rejonowej w Muszynie) wynoszą po 162,00 zł, a więc różnica cen za świadczenia w istocie tożsame wynosi aż 15000 %. Powyższa sytuacja implikowała więc co najmniej obowiązek Zamawiającego do wezwania CATALEIA do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 PZP. W świetle powyższych okoliczności, odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości.

Pismem z dnia 7 lutego 2019 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, domagając się oddalenia odwołania w całości.

W dniu 11 lutego 2019 r. W. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo – Usługowa „CATALEIA” W. K. z siedzibą w Nawojowej zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest podmiotem zainteresowanym o ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przez wykonawcę W. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo – Usługowa „CATALEIA” W. K. z siedzibą w Nawojowej (dalej: Przystępujący) przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba oddaliła opozycję zgłoszoną przez Odwołującego. Odwołujący podniósł, że otrzymał od Przystępującego informację o zgłoszeniu przystąpienia drogą mailową z załączonym plikiem word, który nie był podpisany. W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego nie można mówić o tym, że Przystępujący przekazał mu kopię przystąpienia.



Zdaniem Odwołującego doszło jedynie do przekazania treści przystąpienia, co nie jest równoznaczne z przekazaniem jego kopii.

Zdaniem składu orzekającego istotnym w przedmiotowej sprawie jest fakt, że Odwołujący przed rozpoczęciem posiedzenia powziął wiadomość o tym, że zostało zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego. W ocenie Izby celem przekazania kopii przystąpienia stronom postępowania jest to, aby strony przed rozpoczęciem posiedzenia miały informację na temat uczestników postępowania odwoławczego i mogły w związku z tym w odpowiedni sposób przygotować swoje stanowisko procesowe.

### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny.**

Przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na przewozie i przechowywaniu zwłok na potrzeby Prokuratury w Nowym Sączu. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia użył następujących kodów CPV: 60130000-8 Usługi w zakresie specjalistycznego transportu drogowego osób – główny kod oraz 98370000-7 Usługi pogrzebowe i podobne – dodatkowy kod.

Zgodnie z treścią SIWZ, w rozdziale II „Opis przedmiotu zamówienia”, Zamawiający wskazał, że zakres usługi przewozu zwłok obejmuje transport zwłok poza terenem miasta, na terenie miasta, zabieranie, załadunek, wyładunek, worek i udostępnianie pomieszczeń.

W rozdziale XII „Opis sposobu obliczenia ceny oferty”, Zamawiający nie zawarł informacji na temat stawki podatku VAT, jaka powinna zostać zastosowana przez wykonawców.

Stosownie do treści rozdziału XIII „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert” kryteria oceny ofert były następujące:

**A. Najniższa cena – 60 pkt**

- 1) Cena Tz – transport zwłok poza teren miasta za 1 km. W cenie ujęte jest zbieranie zwłok, załadunek zwłok, wyładunek zwłok, worek i inne niezbędne materiały zdaniem wykonawcy potrzebne do wykonania usługi np. rękawice jednorazowe itp. – 25 pkt
- 2) Cena Tm – transport zwłok teren miasta – ryczałt. W cenie ujęte jest zbieranie zwłok, załadunek zwłok, wyładunek zwłok worek i inne niezbędne materiały zdaniem wykonawcy potrzebne do wykonania usługi, np. rękawice jednorazowe itp. – 25 pkt
- 3) Cena za udostępnienie pomieszczenia w celu przechowywania lub wykonania sekcji zwłok na zlecenie prokuratora. – 10 pkt

**B. Najwyższa liczba samochodów – max liczba pkt 20 pkt**

- 1) Liczba samochodów 1-2 – 0pkt.
- 2) Liczba samochodów – 3 – 10 pkt.

- 3) Liczba samochodów – 4 i więcej – 20 pkt.
- C. Termin płatności faktury VAT – max liczba pkt 20 pkt.
- 1) Termin płatności 14 dni – 0 pkt.
  - 2) Termin płatności 21 dni – 10 pkt.
  - 3) Termin płatności 30 dni – 20 pkt.

Ponadto jak wynika z wniosku z dnia 15 stycznia 2019 r. w sprawie wszczęcia postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia znajdującego się w dokumentacji postępowania przesłanej przez Zamawiającego, dokonując czynności ustalenia szacunkowej wartości zamówienia, Zamawiający zastosował jedną stawkę VAT w wysokości 8%.

#### **Izba zważyła co następuje.**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu niewłaściwej stawki podatku VAT w zakresie jednego z elementów składających się na cenę ofertową, tj. worków.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że w ocenie Izby słuszne jest stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z tzw. usługą kompleksową, co oznacza, że powinna zostać zastosowana jedna stawka podatku VAT. „Świadczenie kompleksowe” nie jest pojęciem ustawowym. Wypracowane ono zostało w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE) oraz w orzecznictwie krajowym. W wyroku z 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04 TSUE wskazał, że „jeżeli dwa świadczenia lub więcej (...) są tak ściśle powiązane, że obiektywnie tworzą one w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jedno świadczenie do celów stosowania podatku od wartości dodanej”. Podobny pogląd został wyrażony przez TSUE w wyroku z dnia 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96: „usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeżeli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej”.

Odwołując się natomiast do orzecznictwa krajowego wskazać można wyrok Sądu okręgowego w Warszawie z dnia 25 kwietnia 2017 r., sygn. akt XXIII Ga 365/17, gdzie wskazano, że „O kompleksowości świadczeń można mówić, gdy: co najmniej dwa elementy albo co najmniej dwie czynności dokonane przez podatnika są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie tylko jedno nierozzerwalne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, albo gdy co najmniej jeden element stanowi

świadczenie główne, podczas gdy przeciwnie, jedno lub więcej świadczeń jest postrzegane jako jedno lub więcej świadczeń pomocniczych dzielących los prawny świadczenia głównego.”

Zatem dokonując ustaleń, czy mamy do czynienia ze „świadczeniem kompleksowym” należy w szczególności mieć na uwadze cel gospodarczy realizacji danego świadczenia oraz jego dominujący charakter.

Mając na uwadze przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu jakim jest usługa polegająca na transporcie i przechowywaniu zwłok, zgodzić się należy z tym, że w celu wykonania tej usługi koniecznym jest dostawa worków oraz innych materiałów (co zostało również wskazane w treści SIWZ przez samego Zamawiającego) niezbędnych do prawidłowego wykonania tej usługi, jak np. rękawiczki. W świetle powyższego uprawnionym jest wniosek, że bez worków prawidłowe wykonanie przedmiotowej usługi nie będzie możliwe. Innymi słowy dostawa worków w ramach przedmiotowej usługi ma charakter pomocniczy, a głównym celem zamówienia jest usługa obejmująca transport i przechowanie zwłok.

Nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Przystępującego, że z uwagi na okoliczność iż czasami worki służyć będą do przechowania materiału dowodowego, dlatego „wyłamują” się z usługi kompleksowej. Z treści żadnego dokumentu składającego się na dokumentację postępowania powyższe nie wynika, ani nie zostało również potwierdzone przez samego Zamawiającego. Z treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu wprost natomiast wynika, że usługa obejmująca transport i przechowanie zwłok obejmuje również dostawę worków.

Podobnie nie mogła zostać uwzględniona argumentacja Zamawiającego przedstawiona w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którą pod poz. 180 załącznika nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług wymieniono tylko dostawę trumien, urn i tekstyliów pogrzebowych i to tylko tych dostarczanych wraz z trumną lub urną. Zamawiający wskazał, że nie zalicza się do nich worków, które służą do przechowania zwłok na okres ich zabezpieczenia i przewozu na potrzeby prokuratury.

W ocenie składu orzekającego okoliczności przedmiotowej sprawy wskazują, że worki są niezbędne w celu prawidłowego wykonania przedmiotowej usługi i wobec tego zasadnym jest uznanie, że mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym. Tym samym rozdzielenie dostawy samych li tylko worków od pozostałych czynności składających się na świadczenie główne tj. transport i przechowanie zwłok miałoby sztuczny charakter. W tym miejscu odnotowania wymaga, że również sam Zamawiający szacując przedmiot zamówienia zastosował jedną stawkę podatku VAT w wysokości 8%, co oznacza że również sam Zamawiający potraktował przedmiotową usługę jako świadczenie kompleksowe.

Odnosząc się natomiast do złożonego w sprawie przez Odwołującego dowodu w postaci wydruku ze strony internetowej zawierającego informację o odrzuceniu ofert w postępowaniu prowadzonym przez Prokuraturę Okręgową w Gorzowie Wielkopolskim, Izba oceniła ten dowód jako pozostający bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Dowód ten dotyczył innego postępowania, prowadzonego przez innego zamawiającego i słusznie wskazał Zamawiający, że nie można go w pełni ocenić bez znajomości dokumentacji postępowania, w którym został wydany.

Podkreślenia wymaga, że cena oferty powinna być wskazana w sposób prawidłowy, w tym powinna zostać zastosowana przez wykonawcę prawidłowa stawka podatku VAT.

W związku z powyższym w okolicznościach przedmiotowej sprawy skład orzekający uznał, że oferta Przystępującego zawiera błąd w obliczeniu ceny i jako taka powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Odnosząc się do drugiego z podniesionych zarzutów, dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się. Stanowisko Odwołującego prezentowane na potwierdzenie powyższego zarzutu opierało się przede wszystkim na porównaniu cen, jakie Przystępujący zaoferował dla zadania 1 i dla zadania 2 oraz powiązane było z zarzutem ewentualnym w zakresie rażąco niskiej ceny (zarzut nr 3 odwołania).

Samo porównanie cen jakie Przystępujący zaoferował dla zadania 1 i dla zadania 2 nie jest wystarczające w celu wykazania, że działanie takie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Przystępujący w ocenie Izby wyjaśnił w sposób wiarygodny powody dla których ceny zostały oszacowane odmiennie w zależności od zadania. Każde zadanie obejmuje inny okręg, na terenie którego zamówienie będzie wykonywane, co w ocenie Izby, przy uwzględnieniu argumentacji związanej z koniecznością zatrudnienia dodatkowych osób oraz zakupu dodatkowego auta w przypadku uzyskania zamówienia w zadaniu 2, mogło przekładać się na zaoferowanie wyższych cen. Odwołujący nie wykazał w tym zakresie okoliczności przeciwnych.

Zarzut nr 3 dotyczący naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny został podniesiony przez Odwołującego jako zarzut ewentualny i zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego zaprezentowanym podczas rozprawy miał zostać przez Izbę rozpoznany tylko w przypadku, gdyby w ocenie Izby nie potwierdziły się pierwsze dwa zarzuty.

Wobec powyższego, z uwagi na uwzględnienie odwołania w zakresie zarzutu 1 Izba uznała zarzut nr 3 za bezprzedmiotowy.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, pomimo tego, że nie podlegała ona odrzuceniu i była ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, Izba oceniła jako nie uzasadniony, gdyż w treści

**Sygn. akt: KIO 213/19**

uzasadnienia odwołania Odwołujący nie przytoczył żadnej argumentacji na poparcie tego zarzutu.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz przepisów 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. z 22 maja 2018 r. poz. 972.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: .....