

Sygn. akt KIO/UZP 1558/09

**WYROK**  
z dnia 11 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Członkowie: Anna Packo**  
**Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Polimex-Mostostal S.A. (pełnomocnik) 2. RESTAURO Sp. z o.o., 3. Zakład Budowlano-Instalacyjny TURBUD Sp. z o.o.; adres pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Agencję Rewitalizacji Starówki ARS Sp. z o.o., ul. Stary Rynek 19, 09-400 Płock** protestu z dnia 29 września 2009 r.,

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. „VECTRA” S.A. (pełnomocnik), 2. Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe „WIXBUD” Sławomir Mikulski Sp. j., adres dla pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: ul. Otolińska 21, 09-407 Płock** zgłaszających swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Agencję Rewitalizacji Starówki ARS Sp. z o.o., ul. Stary Rynek 19, 09-400 Płock** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Polimex-Mostostal S.A., 2. RESTAURO Sp. z o.o., 3. Zakład Budowlano-Instalacyjny TURBUD Sp. z o.o.,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Agencję Rewitalizacji Starówki ARS Sp. z o.o., ul. Stary Rynek 19, 09-400 Płock** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Polimex-Mostostal S.A., 2. RESTAURO Sp. z o.o., 3. Zakład Budowlano-Instalacyjny TURBUD Sp. z o.o.,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kwoty zaliczonej w poczet kosztów postępowania z wpisu uiszczonego przez Odwołującego się,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 538 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Polimex-Mostostal S.A., 2. RESTAURO Sp. z o.o., 3. Zakład Budowlano-Instalacyjny TURBUD Sp. z o.o.**

### **U z a s a d n i e n i e**

I. Agencja Rewitalizacji Starówki ARS Spółka z o.o., ul. Stary Rynek 19, 09-400 Płock tel./fax.: 024 366-61-50 (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. Budowa budynku handlowo-usługowego z parkingiem podziemnym wraz z wewnętrznymi instalacjami: elektryczną, wodociągową, kanalizacyjną, ciepłej wody użytkowej, centralnego ogrzewania, wentylacji, klimatyzacji, zlokalizowanego

w Płocku przy ul. Synagogałnej, na działce o numerze ewidencyjnym gruntu 1385/2, obiektu położonego na obszarze zespołu urbanistyczno-architektonicznego i warstw kulturowych miasta Płocka wpisanego w dniu 16 listopada 1959r. do rejestru zabytków dawnego województwa płockiego pod nr 51/182/59. Ogłoszenie o postępowaniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 26 sierpnia 2009r. – nr ogłoszenia: 140127-2009 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Wartość zamówienia oszacowano na 2 779 106,72 euro.

W dniu 24 września 2009r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyniku postępowania – za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: "VECTRA" S.A. i Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe "WIXBUD" Sławomir Mikulski Spółka Jawna.

Oferta (z najniższą ceną) złożona przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Polimex-Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie (Lider Konsorcjum/Pełnomocnik), ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa, RESTAURO Spółka z o.o. z siedzibą w Toruniu (Partner), ul. Łazienna 4, 87-100 Toruń oraz Zakład Budowlano-Instalacyjny "TURBUD" Spółka z o.o. (Partner) z siedzibą w Płocku ul. Kostrogaj 6, 09-400 Płock (zwani dalej: Odwołującym) została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6) Prawa zamówień publicznych.

W dniu 30 września 2009r. Odwołujący – złożył protest, którego Zamawiający nie rozstrzygnął w terminie (a zgodnie z art. 182 ust 3 Prawa zamówień publicznych brak rozstrzygnięcia protestu uważa się za jego oddalenie).

Odwołujący w dniu 15.10.2009 r. (data nadania odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów (co następnie podtrzymał w odwołaniu):

- art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez uznanie, że oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny przez nieprawidłowe zastosowanie podstawowej stawki VAT 22% do całości przedmiotu zamówienia.
- art. 2 pkt 1 i pkt 5 w zw. z art. 86 ust. 3 i art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty przewyższającej kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację niniejszego zamówienia publicznego i prawidłowo

skalkulowaną cenę zaoferowaną przez Wnoszącego odwołanie w swojej ofercie, alternatywnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutów wymienionych wyżej:

- art. 7 ust. 1 i ust. 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 91 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, poprzez nie odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum: "VECTRA" S.A. i Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe "WIXBUD" Sławomir Mikulski Spółka Jawna z powodu stawki VAT zastosowanej w poz. 11 "Wycinka drzew i nasadzenia zastępcze" Załącznika nr 5 pn. "Tabela rozliczeniowych elementów scalonych".

Zarówno w proteście, jak i w odwołaniu, wnoszono o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego jako ważnej i nie podlegającej odrzuceniu,
- obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami wpisu.

Do protestu, a następnie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: "VECTRA" S.A. i Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe "WIXBUD" Sławomir Mikulski Spółka Jawna (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie, z tym, że Krajowa Izba Odwoławcza nie rozpatrywała zarzutów, które – gdyby były samodzielną podstawą wniesienia odwołania - skutkowałyby koniecznością odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 8 Prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 184 ust. 1a Prawa zamówień publicznych w postępowaniu o wartości mniejszej, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty.

Prawo zamówień publicznych wyraźnie w dziale VI odróżnia czynności od zaniechań mogących być podstawą protestu – zgodnie z art. 180 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, protest można wnieść do Zamawiającego „wobec czynności podjętych przez zamawiającego

w postępowaniu oraz w przypadku zaniechania przez zamawiającego czynności, do której jest obowiązany na podstawie ustawy”.

Zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 8 Prawa zamówień publicznych, w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie odrzuca się, jeżeli dotyczy innych czynności, niż wymienione w art. 184 ust. 1a Prawa zamówień publicznych. Zgodnie z uzasadnieniem ustawy, prawo wniesienia odwołania poniżej tzw. progów unijnych przyznano wykonawcy tylko w tych przypadkach, kiedy czynność Zamawiającego bezpośrednio (czyli wobec jego wykluczenia czy odrzucenia jego oferty) godzi w jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia.

Wartość zamówienia w postępowaniu, w którym wniesiono odwołanie, oszacowano na kwotę 2 779 106,72 euro (protokół postępowania Druk ZP-2, str. 1, w aktach sprawy), zatem wartość ta jest poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych, tj. w rozporządzeniu z dn. 19 grudnia 2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. z dnia 27 grudnia 2007 r.) - dla robót budowlanych, które są przedmiotem zamówienia w postępowaniu, w którym wniesiono odwołanie, kwota ta wynosi 5 150 000 euro.

Wobec okoliczności, że część zarzutów odwołania nie dotyczy żadnej z czynności wymienionych w art. 184 ust. 1a Prawa zamówień publicznych, a odnosi się do zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy oraz ze względu na fakt, że wartość zamówienia ustalona w postępowaniu jest niższa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych, Izba nie rozpatrywała tychże zarzutów.

Ponadto należy zwrócić uwagę na fakt, że nawet gdyby wartość postępowania była takiej wysokości, że przysługiwałoby Odwołującemu prawo wnoszenia środków prawnych w nieograniczonym zakresie, to wątpliwe jest posiadanie interesu prawnego przez Odwołującego w uzyskaniu zamówienia w kwestionowaniu oferty, która jest droższa od oferty Odwołującego.

W zakresie zarzutu badanego na rozprawie, tj. odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, ponieważ zawiera błąd w obliczeniu ceny, Izba ustaliła, co następuje:

1. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie obiektu budowlanego (Budowa budynku handlowo-usługowego wraz z parkingiem – druk ZP-12, strona 1).
2. Odwołujący dla całego przedmiotu zamówienia określił stawkę VAT na tym samym poziomie – według stawki podstawowej, 22%. W Załączniku nr 5 do oferty (str. 97 oferty, kopia oferty w aktach sprawy), pn. "Tabela rozliczeniowych elementów scalonych" w poz.

12 stawkę podstawową 22% określił również dla czynności nazwanych "Nadzory archeologiczne".

3. Żaden z uczestników postępowania nie dysponował indywidualną interpretacją podatkową. Bezsporne było, że czynności nazywane "Nadzory archeologiczne", gdyby były wykonywane samodzielnie (stanowiłyby samodzielny przedmiot zamówienia) byłyby zwolnione z podatku VAT. Również niesporne było, iż stawka VAT dla robót budowlanych (z wyjątkiem budownictwa mieszkaniowego) jest stawką VAT podstawową i wynosi 22%. Stanowiska Stron były odmienne jedynie co do możliwości uznania wszystkich czynności składających się na przedmiot zamówienia za świadczenie kompleksowe i w konsekwencji opodatkowania wykonania przedmiotu zamówienia jednolitą stawką VAT.

Zamawiający na rozprawie stwierdził, że swoje stanowisko (uznanie, że Odwołujący popełnił błąd w obliczeniu ceny przez określenie jednolitej stawki VAT dla całego przedmiotu zamówienia) oparł na wyroku KIO/UZP 928/08 z dnia 18 września 2008 r. Tymczasem z uzasadnienia orzeczenia przywoływanego przez Zamawiającego nie wynika, aby Krajowa Izba Odwoławcza badała, jaka stawka VAT jest właściwa dla analogicznego przedmiotu zamówienia, jak w niniejszym postępowaniu. Izba jedynie stwierdziła, zgodnie z przeważającą linią orzeczniczą, że błędne podanie stawki VAT w obliczeniu ceny ofertowej stanowi nienaprawialny błąd i skutkuje odrzuceniem oferty.

Zatem rozstrzygnięcie sporu między Stronami sprowadzało się do ustalenia, czy w przypadku przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu można zastosować jednolitą stawkę VAT dla całego zamówienia.

Po analizie dokumentacji postępowania, Izba na powyższe pytanie odpowiedziała twierdząco.

Celem, do którego zmierza Zamawiający, jest wykonanie obiektu budowlanego. W toku realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca będzie zobowiązany do podjęcia dodatkowych czynności koniecznych do prawidłowego zrealizowania robót budowlanych i poniesienia z tego tytułu wydatków. W przypadku niniejszego zamówienia publicznego występuje zatem świadczenie główne - roboty budowlane (usługa zasadnicza), w ramach którego występują usługi pomocnicze (m.in. nadzór archeologiczny, wycinka drzew, nasadzenia zastępcze). „Gdy kilka świadczeń obejmuje z ekonomicznego punktu widzenia jedną usługę, usługa ta nie powinna być dzielona dla celów podatkowych. Wynika to z samego charakteru usługi, która składa się z różnych świadczeń, prowadzących jednak do osiągnięcia jednego celu (...). W związku z powyższym wszystkie elementy pomocnicze usługi zasadniczej powinny być zaklasyfikowane i opodatkowane tak, jak usługa podstawowa, która nadaje całości

zasadniczy charakter” (interpretacja podatkowa wydana przez Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 20 maja 2008r., IPPPI-443-804/08). W niniejszym przypadku usługą zasadniczą jest wykonanie budynku handlowo-usługowego opodatkowane stawką 22%, a usługą pomocniczą m. in. usługa sprawowania nadzoru archeologicznego. Stanowisko odnośnie funkcjonalnego związku pomiędzy usługą zasadniczą, a usługą pomocniczą potwierdza również orzecznictwo Wojewódzkich Sądów Administracyjnych, przywoływane przez Odwołującego w odwołaniu, m. in. wyroku z dnia 4 kwietnia 2008r., sygn. akt: III SA/Wa 274/2008 WSA w Warszawie.

Należy zauważyć, że decydującym kryterium oceny, czy dana czynność ma charakter podstawowy dla danego świadczenia, czy też jedynie pomocniczy, nie jest ani wartość (cena) danego świadczenia, ani pracochłonność w stosunku do innych czynności, lecz to, która czynność zaspakaja podstawową potrzebę odbiorcy danego świadczenia. Czynności pomocnicze mają natomiast jedynie dopomóc w realizacji tej potrzeby. Nie sposób pominąć także celu ekonomicznego, do jakiego dążyły strony zawierające umowy (I SA/Wr 1632/07, wyrok WSA z 28.02.2008 r.).

Powyżej przywołane orzecznictwo jest zgodne z kierunkiem wytyczonym przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości. Pierwszym rozstrzygnięciem, uznawanym za kluczowe w tym zakresie, było orzeczenie w sprawie Card Protection Plan (CPP) C-349/96, w którym Trybunał uznał, że świadczenia, które z ekonomicznego punktu widzenia stanowią całość, nie powinny być sztucznie dzielone.

Należy zauważyć, że celem Odwołującego przy zastosowaniu jednolitej stawki VAT w wysokości podstawowej 22% nie było dążenie do obniżenia ceny przez zastosowanie jednolitej stawki VAT. Większość orzeczeń sądów administracyjnych i interpretacji podatkowych analizuje możliwość zastosowania preferencyjnej stawki VAT dla usługi kompleksowej (przykładowo – montaż drzwi i okien przy zastosowaniu obniżonej stawki VAT, podczas gdy sprzedaż drzwi i okien opodatkowana jest stawką VAT podstawową).

Reasumując, dla ustalenia, czy mamy do czynienia z usługą kompleksową, konieczne jest m. in. ustalenie związku pomiędzy usługą zasadniczą, a usługą pomocniczą. Nie wydaje się, żeby jakiegokolwiek znaczenie miała okoliczność, że usługi powiązane pochodzą z różnych „branż”. I tak, Pierwszy Urząd Skarbowy w Bielsku-Białej w postanowieniu z 7 marca 2007 r. (PP/443-17/07) uznał, że świadczenie usług pogrzebowych sklasyfikowanych pod symbolem PKWiU 93.03 podlega 7% stawce VAT, natomiast gdy w skład świadczonej usługi wchodzi usługi pomocnicze niepodlegające VAT (usługa duszpasterska), podatnik winien opodatkować je tak, jak usługę zasadniczą.

W ocenie składu orzekającego, prowadzenie prac archeologicznych nie było celem Zamawiającego. Nawet można się domyślać, że gdyby nie taki obowiązek, wynikający przepisów (por. pozwolenie na budowę, na które powoływał się Zamawiający na rozprawie),

Zamawiający takich prac w ogóle by nie prowadził. Nadzory archeologiczne, z punktu widzenia celu realizacji przedmiotu zamówienia (budowa budynku handlowo-usługowego z parkingiem) mają charakter poboczny i pomocniczy, w konsekwencji Odwołujący mógł naliczyć jednolitą stawkę VAT dla całości przedmiotu zamówienia rozumianego jako usługa kompleksowa.

Wobec powyższego, skład orzekający uznał, że oferta Odwołującego nie zawiera błędu w obliczeniu ceny, a zatem Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła kosztów zastępstwa Odwołującego z uwagi na fakt, iż nie przedłożył on do akt sprawy stosownych rachunków wymaganych zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 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 2007r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).



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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....