

WYROK
z dnia 6 lutego 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Małgorzata Gil

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lutego 2015 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 stycznia 2015 roku przez wykonawcę: **LIFOR Sp. z o. o. z siedzibą w Bytomiu, ul. Pułaskiego 49, 41-902 Bytom**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Główny Inspektorat Transportu Drogowego, ul. Postępu 21, 02-676 Warszawa**, przy udziale – wykonawcy: **Zakładu Urządzeń Radiolokacyjnych „ZURAD” Sp. z o. o. z siedzibą w Ostrowie Mazowieckiej, ul. Stacyjna 14, 07-300 Ostrów Mazowiecka**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu - Głównemu Inspektoratowi Transportu Drogowego: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego - LIFOR Sp. z o. o. z siedzibą w Bytomiu oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Główny Inspektorat Transportu Drogowego, 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 - LIFOR Sp. z o. o. z siedzibą w Bytomiu, tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego - Głównego Inspektoratu Transportu Drogowego na rzecz Odwołującego - LIFOR Sp. z o. o. z siedzibą w Bytomiu kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Główny Inspektorat Transportu Drogowego [zwany dalej: „Zamawiającym”], prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: *Dostawa stacjonarnych urządzeń rejestrujących wykroczenia w ruchu drogowym polegających na przekroczeniu dozwolonej prędkości przez pojazdy*, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.] – zwanej dalej: „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 listopada 2014 roku pod numerem 240381-2014. Wartość szacunkowa zamówienia jest mniejsza od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 21 stycznia 2015 roku przekazał wykonawcom zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę LIFOR Sp. z o. o. z siedzibą w Bytomiu.

W dniu 26 stycznia 2015 roku wykonawca - LIFOR Sp. z o. o. z siedzibą w Bytomiu [zwany dalej: „Odwołującym”], wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na:

- odrzuceniu oferty Odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp;
- wyborze oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę Zakład Urządzeń Radiolokacyjnych ZURAD Sp. z o. o. w Ostrowie Mazowieckiej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że zachodzi przesłanka błędu w obliczeniu ceny i odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy brak było podstaw do dokonania takiej czynności w postępowaniu, bez dostatecznego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego tej czynności;
- 2) art. 43 ust. 1 pkt 29 ustawy z dnia 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług, poprzez bezpodstawne przyjęcie, że będące przedmiotem zamówienia szkolenia

mają charakter szkoleń zawodowych i odrębnej (nie pomocniczej) usługi, a całe zamówienie nie ma charakteru kompleksowego;

- 3) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 43 ust 1 pkt 29 ustawy o podatku od towarów i usług, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Zakładu Urządzeń Radiolokacyjnych ZURAD w Ostrowie Mazowieckiej, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny poprzez naliczenie w formularzu oferty (poz. 3 b) błędnej stawki podatku VAT;
- 4) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji, przejawiający się tym, że za najkorzystniejszą uznana została oferta podlegająca odrzuceniu;
- 5) art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez uznanie, że oferta innego wykonawcy jest ofertą najkorzystniejszą.

W oparciu o powyższe Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Zakładu Urządzeń Radiolokacyjnych ZURAD Sp. z o. o. z siedzibą w Ostrowie Mazowieckiej, jako najkorzystniejszej;
- odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Urządzeń Radiolokacyjnych ZURAD Sp. z o. o. z siedzibą w Ostrowie Mazowieckiej, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny - art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- obciążenia kosztami postępowania Zamawiającego na rzecz Odwołującego poprzez zasądzenie uzasadnionych kosztów Odwołującego się z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- dopuszczenie dowodów załączonych do odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że zamówienie zostało przez Zamawiającego określone w sposób kompleksowy, bez rozbicia na odrębne zadania, a w jego skład wchodziły: 1) dostawa 3 sztuk stacjonarnych urządzeń rejestrujących

wykroczenia w ruchu drogowym, 2) przeprowadzenie szkoleń trenerów z zakresu obsługi, montażu i eksploatacji urządzeń oraz wszelkich urządzeń dodatkowych z nadaniem odpowiednich uprawnień do prowadzenia szkoleń wewnętrznych z przedmiotowego zakresu (szkoleń na poziomie trenerskim), 3) świadczenie usługi utrzymania urządzeń, obejmujące naprawę, serwis i legalizację. Odwołujący stwierdził ponadto, że zamówieniu został nadany kod CPV: 38410000-2, którego pełna nazwa wg opisu kodów CPV to „przyrządy pomiarowe” oraz, że Zamawiający nie nadał zamówieniu innej klasyfikacji CPV, co zdaniem Odwołującego świadczy o tym, że zamówienie miało charakter kompleksowy i w ramach „dostawy przyrządów pomiarowych” obejmowało pozostałe, wyszczególnione w opisie przedmiotu zamówienia, świadczenia pomocnicze, w tym szkolenia z zakresu obsługi urządzeń. Odwołujący powołał się na fakt, że usługi szkoleniowe w klasyfikacji CPV mają zupełnie inne kody CPV, takie jak: CPV 80500000-9, CPV 80510000-2, CPV 80511000-9, CPV 80530000-8, w zależności od charakteru szkolenia. Odwołujący wskazał, że brak użycia tych kodów, które charakteryzowałyby usługi szkoleniowe, w zasadniczy sposób wpływał na określenie stawki VAT w ofercie, gdyż na podstawie powiązania kodu CPV następuje określenie przedmiotu opodatkowania i dobór numeru PKWiU, który jest niezbędny do wyliczenia prawidłowej stawki VAT. Odwołujący wskazał również na nazwę przedmiotu zamówienia: „Dostawa stacjonarnych urządzeń rejestrujących wykroczenia w ruchu drogowym, polegających na przekroczeniu dozwolonej prędkości przez pojazdy” oraz, że dopiero w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający sprecyzował zakres zamówienia, opisując poszczególne jego składniki, co w jego ocenie świadczy o tym, że Zamawiający traktuje pozostałe świadczenia poza świadczeniem głównym, jakim jest dostawa urządzeń rejestrujących, jako świadczenia pomocnicze, ściśle związane ze świadczeniem głównym.

Odwołujący wskazał ponadto, że Zamawiający, pismem z dnia 11 grudnia 2014 roku, wezwał go do wyjaśnienia m. in. podstawy naliczenia w ofercie podatku VAT od zaoferowanej kwoty netto za przeprowadzenie szkoleń wskazanych w ust. 3 lit. b formularza oferty. Odwołujący złożył wyjaśnienia, z których wynikało, że w formularzu oferty nr OF.0 Zamawiający pozostawił wykonawcom wykropkowaną wartość podatku VAT, która ma być naliczona od ceny netto za wykonanie szkolenia trenerskiego, a związku z tym, iż stawka podatku VAT nie została narzucona przez Zamawiającego, Odwołujący podał stawkę VAT zgodną z interpretacją Urzędu Skarbowego, w którym on się rozlicza. Ponadto, Odwołujący wyjaśnił, że wymóg podania stawki podatku VAT również jest ujęty we wzorze umowy (§ 6 ust. 1 lit. b), w związku z czym uznał za zasadne, aby do kwoty netto usługi szkoleniowej na poziomie trenerskim doliczyć 23% stawkę podatku VAT, gdyż w przypadku, gdy wykonywanych jest więcej czynności i są one ze sobą ściśle powiązane oraz stanowią

całość pod względem ekonomicznym i gospodarczym, to wówczas dla potrzeb VAT należy potraktować je jako jedną czynność opodatkowaną. Dalej w wyjaśnieniach wskazał, że świadczenie pomocnicze, co do zasady, dzieli los prawny świadczenia głównego, w szczególności w zakresie momentu powstania obowiązku podatkowego, miejsca świadczenia oraz stawki podatku od towarów i usług. W przypadku, gdy w skład świadczonej usługi wchodzi usługi pomocnicze, czyli takie, które nie stanowią dla nabywcy celu samego w sobie, a są jedynie uzupełnieniem usługi głównej, opodatkowanie całego świadczenia winno nastąpić według stawki obowiązującej dla usługi zasadniczej. Stwierdził, że zasadą jest, iż każde świadczenie dla celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług powinno być traktowane jako odrębne i niezależne, jednak w sytuacji, gdy jedna usługa obejmuje z ekonomicznego punktu widzenia kilka świadczeń, usługa ta nie powinna być sztucznie dzielona dla celów podatkowych. Z ekonomicznego punktu widzenia usługi nie powinny być dzielone dla celów podatkowych wówczas, gdy tworzyć będą jedną usługę kompleksową, obejmującą kilka świadczeń pomocniczych.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający odrzucił jego ofertę jako zawierającą błąd w obliczeniu ceny niemożliwy do poprawienia, gdyż szkolenia opisane przez Zamawiającego w SIWZ są zwolnione z podatku VAT, przy czym Zamawiający powołał się na art. 43 ust. 1 pkt 29 ustawy o podatku od towarów i usług, podając że zamawiane szkolenia mają charakter szkoleń zawodowych i są w całości finansowane ze środków publicznych oraz, że nie można stwierdzić, że szkolenia mają charakter kompleksowy, gdyż zakup urządzeń i szkolenia mogą występować samoistnie. Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie powołał się poza art. 43 ustawy o podatku VAT o ogólnym charakterze, regulującym wyłącznie podatek VAT od szkoleń w szerokim rozumieniu tego pojęcia, na żadne inne przepisy potwierdzające stanowisko Zamawiającego, w tym na indywidualne interpretacje podatkowe, orzeczenia sądowe i organów administracji. Zdaniem Odwołującego, uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego nie zawiera wyczerpującego i rzetelnego uzasadnienia prawnego, tak by możliwe było precyzyjne odniesienie się do zarzutów Zamawiającego, a w szczególności opisane uzasadnienie nie dawało podstaw do podjęcia czynności Zamawiającego, skarżonych w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie oceny ofert, w tym m. in. pod względem prawidłowości przyjętych przez wykonawców przy obliczeniu ceny, stawek VAT, który to obowiązek wynika z dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, nakazującego Zamawiającemu odrzucenie ofert zawierających błąd w obliczeniu ceny, za który uznać należy przyjęcie niewłaściwej stawki VAT. Odwołujący dodał, że rozstrzygnięcie podnoszonych zarzutów w zasadzie sprowadza się do ustalenia, czy postępowanie dotyczy usługi o charakterze kompleksowym, a tym samym,

czy prawidłowym było zastosowanie przez wykonawców w złożonych ofertach jednolitej stawki podatku VAT na poziomie 23%, czy też należało przyjąć dwie stawki VAT: 23% oraz stawka VAT zwolniona (na szkolenia objęte przedmiotem umowy).

Według Odwołującego, istotnym argumentem przemawiającym na rzecz braku podstaw różnicowania zastosowanych stawek VAT dla poszczególnych świadczeń, wchodzących w skład zamówienia, jest fakt niepodzielności w tym postępowaniu przedmiotu zamówienia. Jego zdaniem, trudno racjonalnie przyjąć by bez szkody dla całości zamówienia jeden podmiot mógł wykonywać dostawę stacjonarnych urządzeń rejestrujących, a drugi mógł prowadzić szkolenia z zakresu obsługi, montażu i eksploatacji ww. urządzeń (tych dostarczonych urządzeń) oraz wszelkich urządzeń dodatkowych z nadaniem odpowiednich uprawnień do prowadzenia szkoleń wewnętrznych z przedmiotowego zakresu (obsługi urządzeń). Podkreślił, że szkolenia z zakresu obsługi urządzeń dotyczyć miało konkretnie tych zamawianych urządzeń, będących przedmiotem dostawy. W ocenie Odwołującego błędne jest stanowisko Zamawiającego, iż przedmiotowe szkolenie ma charakter odrębny, nie związany z usługą główną - zasadniczą, ponieważ szkolenie to może być przeprowadzone wyłącznie przez dostawcę (producenta lub uprawnionego przedstawiciela producenta), gdyż tylko konkretny dostawca posiada wiedzę i uprawnienie do przeprowadzenia szkoleń dla użytkowników końcowych i nadawania im certyfikatów. Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu nie jest możliwe prowadzenie szkoleń z obsługi danego urządzenia przez inny podmiot, który nie jest dostawcą tego urządzenia. Odwołujący stwierdził, że w praktyce obrotu gospodarczego zdarzają się świadczenia natury kompleksowej, czyli takie, które składają się z kilku pojedynczych świadczeń oraz, że w związku z charakterem stawki podstawowej, stawki obniżone (preferencyjne) mają charakter wyjątkowy. Powołał się na orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, dotyczące problematyki świadczeń złożonych. Podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu usługa szkolenia nie stanowi dla Zamawiającego celu samego w sobie, co jego zdaniem, Zamawiający przyznał w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego stwierdzając, że ww. usługa ma charakter fakultatywny, a Zamawiający nie jest obowiązany do jej przeprowadzenia. Zdaniem Odwołującego świadczy to o tym, że ta usługa nie jest dla Zamawiającego celem sama w sobie, a ma charakter jedynie pomocniczy, a zatem powinna dzielić los podatkowy świadczenia głównego.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług, podstawową stawką tego podatku jest stawka 23 %, a regułą prawa podatkowego jest, że stosowanie preferencyjnych stawek podatkowych nie jest obowiązkiem podatników, lecz ich uprawnieniem, co oznacza, że podatnik zawsze ma prawo zastosować

podstawową stawkę podatkową i z tym faktem ustawa o podatku od towarów i usług oraz inne ustawy regulujące odpowiedzialność podatników nie wiążą żadnych negatywnych konsekwencji, w tym karnoskarbowych, w przeciwieństwie do nieuprawnionego zastosowania stawki preferencyjnej. Zgodnie zaś z art. 106 ustawy o podatku od towarów i usług na wykonawcy ciąży obowiązek ustalenia prawidłowej stawki VAT, którą powinien uwzględnić w ofercie. Stwierdził, że stawka podstawowa ma charakter zasadniczy i powinna być stosowana również w sytuacji, gdy istnieją wątpliwości co do wysokości opodatkowania. Podkreślił, że wyjątki od zasady co do stosowania stawki podstawowej, nie powinny być interpretowane rozszerzająco. Następnie wskazał, że stawka podstawowa ma zastosowanie wówczas, gdy ustawa bezpośrednio (bądź też przez rozporządzenia) oraz w sposób wyraźny nie przewiduje zastosowania dla danej czynności innej (niższej) stawki podatku. Wskazał też, że zastosowanie do danej czynności podlegającej opodatkowaniu właściwej stawki VAT następuje ex lege, co oznacza, iż dana czynność opodatkowana jest według konkretnej stawki określonej w ustawie bądź w przepisach wykonawczych, niezależnie od tego, jaką stawkę zastosował podatnik.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, że szkolenia wchodzące w skład przedmiotu zamówienia dotyczą „obsługi, eksploatacji systemu”, czym Zamawiający uzasadnia twierdzenie, że te szkolenia mają charakter zawodowy podczas, gdy SIWZ zawiera opis tych szkoleń jako szkolenia z zakresu obsługi, montażu i eksploatacji urządzeń. Zdaniem Odwołującego szkolenia opisane w SIWZ dotyczą wyłącznie obsługi urządzeń będących przedmiotem dostawy i są z tymi dostawami ściśle powiązane, zaś w jego ocenie, Zamawiający w sposób nieuprawniony rozszerzająco opisuje szkolenia - jako szkolenia z obsługi systemu.

Dodał również, że w zakresie przedmiotu w postaci przeprowadzenia szkoleń trenerów z zakresu obsługi, montażu i eksploatacji urządzeń na poziomie trenerskim, mieści się także zapewnienie miejsca szkolenia oraz koszt noclegu, co jest objęte stawką podatku VAT - 23%.

Następnie Odwołujący podkreślił, że sam Zamawiający zawarł sugestię w treści SIWZ, by dokonać wyliczenia ceny, z uwzględnieniem prawidłowej stawki VAT, poprzez użycie w formularzu oferty w pkt 3 b) sformułowania „*przeprowadzenie szkoleń trenerów (...) za cenę netto (słownie:) złotych + podatek VAT ... %*”, podczas, gdy w treści SIWZ w ramach poprzednich postępowań o zamówienie publiczne, prowadzonych przez Zamawiającego, przy takim samym (zbliżonym) przedmiocie zamówienia - w zakresie szkoleń Zamawiający z góry określał stawkę VAT jako „zw”. Zdaniem Odwołującego, w takich przypadkach niemożliwe było zaproponowanie innej stawki podatku, a nawet

w sytuacji zaoferowania innej stawki, Zamawiający miałby wówczas prawo dokonać korekty takiego zapisu jako oczywistej omyłki w ofercie.

Odnosząc się do powołanego przez Zamawiającego przepisu art. 43 ust. 1 pkt 29 ustawy o podatku od towarów i usług, odwołujący stwierdził, że w przypadku, gdy przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi kształcenia zawodowego finansowanej w całości ze środków publicznych, zarówno usługa szkoleniowa, jak i usługi czy dostawy świadczone wraz z tą usługą szkoleniową, są ściśle z nią powiązane, podlegają zwolnieniu z podatku VAT.

Natomiast, przedmiotem zamówienia w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, jest: *Dostawa stacjonarnych urządzeń rejestrujących wykroczenia w ruchu drogowym, polegających na przekroczeniu dozwolonej prędkości przez pojazdy*. Odwołujący stwierdził, że poszczególne elementy zamówienia stanowią usługi/dostawy niejednorodne i jako takie w przypadku, gdyby były świadczone odrębnie, byłyby różnie opodatkowane podatkiem VAT. Zwrócił uwagę, że przedmiot zamówienia udzielany jest przez jednego Zamawiającego, w jednym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a na zamówienie zostanie zawarta jedna umowa z jednym wykonawcą. Ponadto, przedmiotem zamówienia są usługi służące jednemu celowi, tj. zwiększeniu bezpieczeństwa na drogach oraz zmniejszeniu liczby ofiar śmiertelnych wypadków poprzez zbudowanie skutecznego i efektywnego systemu automatycznego nadzoru nad ruchem drogowym, i są ze sobą ściśle związane w tym konkretnym postępowaniu. W ocenie Odwołującego, nie da się obronić twierdzenia Zamawiającego, że udzieliłby zamówienia na usługi szkoleniowe z obsługi konkretnych (dostarczonych) urządzeń, nie mając wcześniej zakupionych urządzeń, co dodatkowo wskazuje na to, że elementy zamówienia stanowią niepodzielne, kompleksowe zamówienie. Odwołujący powołał się nadto na Interpretację Ogólną Nr PT1/033/2/46/KSB/12/PT-241/PT-279 Ministra Finansów z dnia 30 marca 2012 r. oraz na wyrok NSA z dn. 6.05.2009 r., sygn. akt.: I FSK 232/08, dotyczące problematyki świadczeń kompleksowych.

Odwołujący podniósł, że jego zdaniem, usługi szkolenia są jednym z elementów Zamówienia „*Dostawa stacjonarnych urządzeń rejestrujących wykroczenia w ruchu drogowym, polegających na przekroczeniu dozwolonej prędkości przez pojazdy podatnikiem*”, a zatem należy przyjąć, że właściwą stawką dla obliczenia ceny za wykonanie tych szkoleń jest stawka podatku VAT 23%, nie zaś zwolnienie z podatku VAT. Stwierdził ponadto, że to wyłącznie na dostawcy (oferencie) spoczywa odpowiedzialność za prawidłowe określenie stawki podatku VAT oraz, że na każdym etapie postępowania posiłkował się opinią swojego biura rachunkowego oraz niezależnego doradcy podatkowego.

Ponadto, zauważył, że jego oferta, nawet przy uwzględnieniu stawki podatku VAT – 23% od usługi świadczenia szkoleń, była zdecydowanie bardziej korzystna pod względem cenowym, gdyż ogólna kwota dostawy w ofercie wynosiła 463 833,00 złotych brutto, podczas, gdy cena dostawy Zakładu Urządzeń Radiolokacyjnych ZURAD Sp. z o. o. wynosiła 477 094,92 złotych brutto.

W dniu 28 stycznia 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo, zawierające zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego od wykonawcy Zakładu Urządzeń Radiolokacyjnych „ZURAD” Sp. z o. o. z siedzibą w Ostrowie Mazowieckiej [zwanego dalej: „Przystępującym”] oraz wniosek o oddalenie odwołania w całości.

W trakcie posiedzenia w dniu 3 lutego 2015 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego. W toku tego samego posiedzenia Odwołujący złożył opinię prawną z dnia 30 stycznia 2015 roku, sporządzoną przez doradcę podatkowego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, złożonych na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.] – dalej zwanej: „ustawą Pzp”.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 26 stycznia 2015 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego, tj. wykonawcę Zakład Urządzeń Radiolokacyjnych „ZURAD” Sp. z o. o. z siedzibą w Ostrowie Mazowieckiej.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym

weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Zamawiający w dniu 26 stycznia 2015 roku przekazał Przystępującemu kopię odwołania oraz wezwał go do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 28 stycznia 2015 roku Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zostało doręczone pismo zawierające zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego od wykonawcy Zakładu Urządzeń Radiolokacyjnych „ZURAD” Sp. z o. o. z siedzibą w Ostrowie Mazowieckiej, przy czym zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, do której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej Strony, a także załączył dowody przekazania Stronom kopii zgłoszenia przystąpienia. Na posiedzeniu Strony potwierdziły otrzymanie kopii zgłoszenia przystąpienia.

Wobec powyższego Izba uznała, że zostały spełnione przesłanki wynikające z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym *środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest przesłanka posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody.*

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumenty, wchodzące w skład dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożonej Izbie przez Zamawiającego, w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, a w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia, ofertę Odwołującego, wezwanie do wyjaśnień z dnia 11 grudnia 2014 roku, skierowane do Odwołującego, wyjaśnienia Odwołującego z dnia 15 grudnia 2014 roku, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, jak również dokumenty przedstawione przez Strony, w tym dokument prywatny w postaci opinii prawnej sporządzonej przez doradcę podatkowego, a przedstawioną przez Odwołującego, a także stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione pisemnie oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba postanowiła oddalić wniosek dowodowy zgłoszony przez Odwołującego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu podatku od towarów i usług na okoliczność, że Odwołujący prawidłowo naliczył podatek VAT i nie doszło do błędu

w obliczeniu ceny w jego przypadku, na podstawie dokumentacji postępowania oraz dokumentów złożonych w toku postępowania odwoławczego, z uwagi na to, w ocenie Izby został on powołany dla zwłoki, jako, że został powołany dopiero w stanowisku końcowym, w sytuacji, gdy ze stanowisk przedstawionych przez Zamawiającego czy Przystępującego nie wyniknęły żadne nowe okoliczności, które uzasadniałyby zgłoszenie tego wniosku dowodowego dopiero na etapie przedstawienia stanowisk końcowych.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów, podtrzymanych na rozprawie, stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła, co następuje.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.*

Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę stanowiska Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione w pismach i ustnie na rozprawie, stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 listopada 2014 roku pod numerem 240381-2014 podał nazwę zamówienia – *„Dostawa stacjonarnych urządzeń rejestrujących wykroczenia w ruchu drogowym polegających na przekroczeniu dozwolonej prędkości przez pojazdy”*. Wskazując na rodzaj zamówienia określił, że są to – *„dostawy”*. Natomiast, określając przedmiot oraz wielkość lub zakres zamówienia podał: *„1) dostawa 3 szt. (trzech sztuk) stacjonarnych urządzeń rejestrujących wykroczenia w ruchu drogowym polegających na przekroczeniu dozwolonej prędkości przez pojazdy i przeznaczonych do pracy na masztach wraz z urządzeniami integrującymi z Centralnym Systemem Przetwarzania oraz obudowami i masztami, zwanych dalej urządzeniami rejestrującymi lub urządzeniami;*

2) przeprowadzenie szkoleń trenerów z zakresu obsługi, montażu i eksploatacji Urządzeń oraz wszelkich urządzeń dodatkowych z nadaniem odpowiednich uprawnień do prowadzenia szkoleń wewnętrznych z przedmiotowego zakresu (szkoleń na poziomie trenerskim);

3) świadczenie usługi utrzymania Urządzeń obejmujących naprawę, serwis i legalizację”.

Zamawiający nadał następujący kod CPV – 38.41.00.00-2. Zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert częściowych ani wariantowych.

Zamawiający w części III Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia [zwanej dalej: „SIWZ”], stanowiącej *Opis Przedmiotu Zamówienia*, wskazał na cel realizacji zamówienia,

którym jest: „Zwiększenie bezpieczeństwa na drogach oraz zmniejszenie liczby ofiar śmiertelnych wypadków poprzez rozwój systemu automatycznego nadzoru nad ruchem drogowym, którego głównym elementem są urządzenia rejestrujące”. W pkt 6 dotyczącym sposobu obliczenia ceny Zamawiający podał, że: „Cenę oferty należy obliczyć uwzględniając zakres zamówienia określony w opisie przedmiotu zamówienia w tym wszelkie opłaty i podatki oraz koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia” (pkt 6.1.); „Wykonawca jest zobowiązany zastosować stawkę podatku VAT zgodną z obowiązującymi przepisami ustawy o podatku od towarów i usług na dzień składania ofert” (pkt 6.2.). Odnosząc się do ceny szkoleń Zamawiający zastrzegł sobie prawo do rezygnacji z przeprowadzenia szkoleń (pkt 6.3. ppkt 2).

W formularzu ofertowym numer OF.0 został zawarty następujący wzór skalkulowania ceny oferty: „3) oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia na następujących warunkach:

- za maksymalną cenę netto (słownie) złotych + podatek VAT ... %, to jest za cenę brutto(słownie) złotych w tym:

a) dostawę 3 szt. (trzech sztuk) stacjonarnych urządzeń rejestrujących wykroczenia w ruchu drogowym zgodnych z opisem przedmiotu zamówienia z cz. III SIWZ za cenę netto (słownie) złotych + podatek VAT ... %, to jest za cenę brutto(słownie) złotych;

b) przeprowadzenie szkoleń trenerów z zakresu obsługi, montażu i eksploatacji Urządzeń oraz wszelkich urządzeń dodatkowych z nadaniem odpowiednich uprawnień do prowadzenia szkoleń wewnętrznych z przedmiotowego zakresu dla maksymalnie 12 osób (szkoleń na poziomie trenerskim) za cenę netto (słownie) złotych + podatek VAT ... %, to jest za cenę brutto(słownie) złotych (PROSZĘ WPISAĆ CENĘ ZA 1 SZKOLENIE);

c)) świadczenie usługi utrzymania Urządzeń obejmujących naprawę, serwis i legalizację za cenę netto (słownie) złotych + podatek VAT ... %, to jest za cenę brutto(słownie) złotych; (PROSZĘ WPISAĆ CENĘ ZA 1 ROBOCZOGODZINĘ)”.

Z kolei w części IV SIWZ - *Istotne Postanowienia Umowy* – w § 6 *Warunki płatności* w ust. 1 Zamawiający określił, że:

„1. Z tytułu należytego wykonania Przedmiotu Zamówienia Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie w wysokości maksymalnej kwoty nie przekraczającej złotych netto + podatek VAT %, to jest kwotę złotych brutto, z czego

a) [■] zł (słownie złotych: [■]) brutto, w tym podatek VAT w wysokości: [■] zł (słownie złotych: [■]), obejmujące cenę za dostawę Urządzeń oraz za usługi utrzymania urządzeń w zakresie zapewnienia minimalnego gwarantowanego poziomu sprawności urządzeń rejestrujących w ramach gwarancji jakości (z wyjątkiem jednakże czynności opisanych w § 7 ust. 3 lit. (b) Umowy; wynagrodzenie to obejmuje także wszystkie koszty i wydatki, jakie Wykonawca poniesie z tytułu należytej i zgodnej z niniejszą Umową oraz obowiązującymi przepisami realizacji Przedmiotu Zamówienia;

b) kwotę w wysokości iloczynu kwoty [■] zł (słownie złotych: [■]) brutto, w tym podatek VAT w wysokości: [■] zł (słownie złotych: [■]) za przeszkolenie 1 osoby na poziomie trenerskim oraz liczby osób, które odbyły to szkolenie, Wskazana wyżej cena za przeszkolenie 1 osoby zawiera wszystkie koszty i wydatki, jakie Wykonawca poniesie w związku z przeprowadzeniem szkolenia.

kwotę w wysokości iloczynu kwoty zł (słownie złotych: [■]) brutto, w tym podatek VAT w wysokości: [■] zł (słownie złotych: [■]) i liczby roboczogodzin wykonanych w ramach usługi utrzymania za czynności naprawcze.”.

Odwołujący złożył ofertę, w ramach której, zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za maksymalną cenę netto 377 100 zł + podatek VAT 23%, to jest za cenę 463 833 zł brutto, w tym:

- dostawę 3 szt. stacjonarnych urządzeń rejestrujących wykroczenia za cenę netto 376 500 zł + podatek VAT 23%, to jest za cenę brutto 463 095 zł;

- przeprowadzenie szkoleń trenerów z zakresu obsługi, montażu i eksploatacji Urządzeń oraz wszelkich urządzeń dodatkowych z nadaniem odpowiednich uprawnień do prowadzenia szkoleń wewnętrznych za cenę netto 300 zł + podatek VAT 23%, to jest za cenę brutto 369zł;

- świadczenie usługi utrzymania Urządzeń obejmujących naprawę, serwis i legalizację za cenę netto 300 zł + podatek VAT 23%, to jest za cenę brutto 369zł.

Druga oferta, złożona przez Przystępującego, zawierała ogólną cenę netto 389.004,00 zł + podatek VAT 23% (dot. ppkt a i c, ppkt b zw.), to jest za cenę brutto 477.094,92 zł, w tym za: a) dostawę stacjonarnych urządzeń rejestrujących wykroczenia 382.804,00 zł + podatek VAT 23%, to jest za cenę brutto 470.848,92 zł; b) przeprowadzenie szkoleń trenerów z zakresu obsługi, montażu i eksploatacji Urządzeń oraz wszelkich urządzeń dodatkowych z nadaniem odpowiednich uprawnień do prowadzenia szkoleń wewnętrznych dla maksymalnie 12 osób za cenę netto 500,00 zł x 12 osób = 6.000 zł + podatek VAT zw. %, to jest za cenę brutto 6.000 zł; c) świadczenie usługi utrzymania

Urządzeń obejmujących naprawę, serwis i legalizację za cenę netto 200 zł + podatek VAT 23%, to jest za cenę brutto 246 zł.

Rozpatrując zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny*, Izba stwierdziła, że zarzut ten zasługuje na uwzględnienie, z następujących względów.

Istotą w tym postępowaniu było rozstrzygnięcie kwestii czy Odwołujący prawidłowo zastosował stawkę podstawową podatku od towarów i usług, tj. 23% do przeprowadzenia szkoleń trenerów z zakresu obsługi, montażu i eksploatacji urządzeń oraz wszelkich urządzeń dodatkowych z nadaniem odpowiednich uprawnień do prowadzenia szkoleń wewnętrznych z przedmiotowego zakresu (szkoleń na poziomie trenerskim), stanowiących jedno ze świadczeń, składających się na przedmiot zamówienia.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby, podnosi, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że jeżeli podatnik ma wątpliwości czy może zastosować stawkę preferencyjną lub zwolnienie z VAT, powinien zastosować stawkę podstawową. Ponadto, w orzecznictwie Izby zauważa się także, że korzystanie ze stawek preferencyjnych i zwolnień nie jest obowiązkiem podatników, lecz ich uprawnieniem [por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 kwietnia 2012 r. wydany w sprawie o sygn. akt: 785/12; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 kwietnia 2013 r. wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 735/13]. W ocenie Izby, nie można podatnikowi, w szczególności w sytuacjach, w których mogą zrodzić się wątpliwości, co do oceny prawnopodatkowej konkretnego zdarzenia gospodarczego, odebrać prawa do zastosowania stawki podatkowej, która przecież nie niesie ze sobą negatywnych konsekwencji prawnopodatkowych, w tym karnoskarbowych.

Należy wskazać, że problematyka oceny prawnopodatkowej i zastosowania stawki jednolitej do wszystkich świadczeń, składających się na przedmiot zamówienia, obejmującego świadczenie kompleksowe bądź też zastosowania różnych stawek lub też zwolnienia w sytuacji przedmiotu zamówienia, obejmującego kilka odrębnych świadczeń, budzi duże wątpliwości w praktyce i faktycznie sprowadza się do oceny czy przedmiotem zamówienia jest świadczenie złożone (kompleksowe).

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wywodził, że okoliczności sprawy wskazują na to, że przedmiot zamówienia jest niepodzielny i ma charakter kompleksowy.

Koncepcja tzw. świadczeń złożonych (kompleksowych) i jednolitego ich opodatkowania nie wynika wprost z przepisów podatkowych, zarówno krajowych, jak i unijnych, lecz wypracowana została w orzecznictwie ETS i sądów krajowych na tle konkretnych stanów faktycznych. Owszem, Izba podziela stanowisko Zamawiającego,

że koncepcja świadczeń złożonych jest wyjątkiem od zasady ustalania stawki odrębnie dla każdego świadczenia. Niemniej jednak, w ocenie Izby, przedmiotem zamówienia w rozpoznawanej sprawie było właśnie świadczenie złożone (kompleksowe).

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04 wskazał, że: *„Artykuł 2 ust. 1 szóstej dyrektywy 77/388 w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich w odniesieniu do podatków obrotowych należy interpretować w ten sposób, że jeżeli dwa świadczenia lub więcej, lub czynności dokonane przez podatnika na rzecz konsumenta, rozumianego jako konsumenta przeciętnego, są tak ściśle związane, 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”*. Z kolei w wyroku z dnia 25 lutego 1999 r. w sprawie C- 349/96 Trybunał stwierdził, że *„Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeśli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej. W takiej sytuacji fakt, iż stosowana jest jedna cena nie ma decydującego znaczenia”*.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 21 maja 2002 r. w sprawie o sygn. akt: III RN 66/01 stwierdził, że: *„Podział jednorodnej, kompleksowej usługi na dwa odrębne rodzaje jest podziałem sztucznym i nie może stanowić podstawy do podziału kwoty należnej za tę usługę na dwie części, z czego każda jest objęta inną stawką VAT”*. Natomiast Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 6 maja 2009 r. wydanym w sprawie o sygn. akt I FSK 232/08 wskazał, że: *„W przypadku czynności o kompleksowym charakterze, jak te, o których mowa w art. 146 ust. 1 pkt 2 w zw. z ust. 2 tego artykułu i w zw. z art. 2 pkt 12 u.p.t.u., na które składa się czynność podstawowa, której wykonanie było celem umowy zawartej przez podatnika z klientem, a także czynności pomocnicze niezbędne do wykonania czynności podstawowej, ustalając właściwą stawkę podatku od towarów i usług należy przyjmować jednolitą stawkę dla całego kompleksu czynności, biorąc pod uwagę charakter czynności podstawowej.”*

Przedmiot zamówienia w niniejszej sprawie obejmował:

- a) dostawę 3 szt. (trzech sztuk) stacjonarnych urządzeń rejestrujących wykroczenia w ruchu drogowym polegających na przekroczeniu dozwolonej prędkości przez pojazdy i przeznaczonych do pracy na masztach wraz z urządzeniami integrującymi z Centralnym Systemem Przetwarzania oraz obudowami i masztami, zwanych dalej urządzeniami rejestrującymi lub urządzeniami;

- b) przeprowadzenie szkoleń trenerów z zakresu obsługi, montażu i eksploatacji Urządzeń oraz wszelkich urządzeń dodatkowych z nadaniem odpowiednich uprawnień do prowadzenia szkoleń wewnętrznych z przedmiotowego zakresu (szkoleń na poziomie trenerskim);
- c) świadczenie usługi utrzymania Urządzeń obejmujących naprawę, serwis i legalizację.

Izba podziela argumentację Odwołującego, że dostawa stacjonarnych urządzeń rejestrujących wykroczenia w ruchu drogowym to świadczenie główne, mające zasadniczy charakter dla Zamawiającego. Natomiast świadczenia w postaci przeprowadzenia szkoleń z zakresu obsługi, montażu i eksploatacji tych urządzeń oraz świadczenia usługi utrzymania urządzeń to świadczenia mające charakter pomocniczy w stosunku do świadczenia głównego i nie mają one samodzielnego charakteru. Zasadniczym elementem przedmiotu zamówienia, w ocenie Izby, była właśnie dostawa urządzeń rejestrujących wykroczenia w ruchu drogowym, które miały zapewnić osiągnięcie celu zakładanego przez Zamawiającego, określonego w SIWZ, tj.: *Zwiększenie bezpieczeństwa na drogach oraz zmniejszenie liczby ofiar śmiertelnych wypadków poprzez rozwój systemu automatycznego nadzoru nad ruchem drogowym, którego głównym elementem są urządzenia rejestrujące*. Zdaniem Izby, dostawa urządzeń rejestrujących wykroczenia w ruchu drogowym wraz z przeprowadzeniem szkoleń z ich obsługi, montażu i eksploatacji i wraz ze świadczeniem usług utrzymania tych urządzeń, stanowią jedną całość gospodarczą, a ich rozdzielenie byłoby sztuczne. Zarówno bowiem usługi szkoleniowe, jak i utrzymania urządzeń, służą tylko i wyłącznie lepszemu korzystaniu z urządzeń rejestrujących wykroczenia w ruchu drogowym. W opinii Izby, fakt, że Zamawiający zastrzegł w treści SIWZ, możliwość rezygnacji z przeprowadzenia szkoleń, nie przesądza o ich samodzielności i odrębności od świadczenia głównego, jakim jest sama dostawa urządzeń rejestrujących wykroczenia w ruchu drogowym. W toku rozprawy Zamawiający wyjaśnił bowiem, że taka możliwość rezygnacji ze świadczenia w postaci przeprowadzenia szkoleń trenerów z zakresu obsługi, montażu i eksploatacji urządzeń oraz wszelkich urządzeń dodatkowych z nadaniem odpowiednich uprawnień do prowadzenia szkoleń wewnętrznych z przedmiotowego zakresu wynika z faktu, że przewidywał możliwość, że do przetargu przystąpią wykonawcy oferujący urządzenia, które już Zamawiający niegdyś posiadał i miał pracowników przeszkolonych do ich obsługi, a zatem przeprowadzenie dodatkowych szkoleń byłoby zbędne. Dodał też, że zarówno Odwołujący i Przystępujący zaoferowali takie urządzenia wykroczenia w ruchu drogowym. Z powyższego wynika, że potrzeba przeprowadzenia szkoleń uaktualniłaby się tylko w przypadku zaoferowania całkiem nowych modeli urządzeń, z którymi Zamawiający nie miał jeszcze do czynienia. Ponadto,

Zamawiający podkreślał, że żądał od dostarczenia instrukcji obsługi urządzeń. Wskazać należy, że tak naprawdę fakultatywność szkoleń była uzależniona od okoliczności odnoszących się do samego Zamawiającego – od umiejętności pracowników Zamawiającego w zakresie obsługi, montażu i eksploatacji urządzeń oraz urządzeń dodatkowych, natomiast nie wynika z charakteru samego świadczenia. Dlatego też nie może to negować akcesoryjności i pomocniczości świadczenia w postaci usług szkoleniowych. Nie neguje tego zdaniem Izby, również zastrzeżenie odrębnych procedur odbioru czy odrębnego wynagrodzenia. Nie ulega wątpliwości, że przeprowadzenie tych szkoleń, mających ścisły związek z dostarczonymi urządzeniami rejestrującymi wykroczenia w ruchu drogowym, ma służyć wyłącznie lepszemu wykorzystaniu świadczenia głównego – tj. lepszemu wykorzystaniu dostarczonych tych urządzeń. Sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przyznał, że dostarczone urządzenia mogą być w obsłudze skomplikowane do tego stopnia, że jednak chciałby nabyć także usługę szkoleniową oraz, że specyfika konkretnych urządzeń może czynić mało prawdopodobnym, by inny podmiot na rynku podjął się przeprowadzenia szkolenia z ich obsługi, przy czym podkreślał, że jednak nie obliguje go to do nabycia usługi szkoleniowej w ogóle bądź też od konkretnego podmiotu (str. 5 odpowiedzi na odwołanie). Jednak te twierdzenia wskazują na to, że przeprowadzenie szkoleń z zakresu obsługi dostarczonych urządzeń mogłoby okazać się niezbędne do prawidłowego korzystania z nich, a na pewno znacznie ułatwiłoby to korzystanie oraz, że co do zasady szkolenia takie powinien przeprowadzić także dostawca. Jest to poniekąd zbieżne z twierdzeniami Odwołującego, który wskazywał, że to producenci lub autoryzowani przedstawiciele producentów dostarczający urządzenia rejestrujące wykroczenia w ruchu drogowym, są uprawnieni do przeprowadzenia szkoleń z zakresu obsługi, montażu i eksploatacji tych urządzeń oraz wszelkich urządzeń dodatkowych.

Podkreślenia wymaga również to, że świadczenie w postaci dostawy urządzeń rejestrujących wykroczenia w ruchu drogowym, opodatkowane podstawową stawką podatku, pod względem wartości znacznie przewyższało świadczenie obejmujące usługę szkolenia. Powyższe wynika z formularza cenowego złożonego przez Odwołującego. Wartość dostawy urządzeń rejestrujących wykroczenia w ruchu drogowym wynosiła 376 500 zł netto, przeprowadzenie szkoleń – 300 zł netto, a świadczenie usługi utrzymania urządzeń – 300 zł netto, przy czym łączna wartość wyniosła 377 100 zł netto. Oczywiście wartość poszczególnych świadczeń nie może mieć decydującego wpływu na ocenę czy przedmiot zamówienia ma charakter kompleksowy czy też nie, niemniej jednak może wskazywać, które z tych świadczeń ma charakter zasadniczy, w sytuacji wystąpienia tak znacznych różnic, jak w omawianym przypadku.

Biorąc pod uwagę powyższe, skład orzekający Izby, uznał, że dostawa urządzeń rejestrujących to świadczenie główne, mający zasadniczy charakter dla Zamawiającego, a świadczenia dotyczące przeprowadzenia szkolenia i utrzymania urządzeń to świadczenia mające charakter pomocniczy. Zatem, świadczenia te stanowią łącznie świadczenie złożone (kompleksowe) i powinny być opodatkowane jednolitą stawką podatkową, właściwą dla świadczenia głównego, tj. stawką 23%.

Nie bez znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy, jest też to, że we wzorze formularza oferty numer OF.0 Zamawiający odnośnie świadczenia dotyczącego przeprowadzenia szkolenia przewidział bezpośrednio miejsce na wskazanie konkretnej stawki VAT, a mianowicie zawarł sformułowanie: „b) *przeprowadzenie szkoleń trenerów z zakresu obsługi, montażu i eksploatacji Urządzeń oraz wszelkich urządzeń dodatkowych z nadaniem odpowiednich uprawnień do prowadzenia szkoleń wewnętrznych z przedmiotowego zakresu dla maksymalnie 12 osób (szkoleń na poziomie trenerskim) za cenę netto (słownie) złotych + podatek VAT ... %, to jest za cenę brutto(słownie) złotych (PROSZĘ WPISAC CENĘ ZA 1 SZKOLENIE);*”, zaś co do łącznej ceny oferty : „3) *oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia na następujących warunkach: - za maksymalną cenę netto (słownie) złotych + podatek VAT ... %, to jest za cenę brutto(słownie) złotych w tym*”.

Powyższe mogło sugerować wymaganie Zamawiającego co do wskazania określonego % stawki podatku VAT. Natomiast w poprzednim postępowaniach tego typu, czyli na dostawę stacjonarnych urządzeń rejestrujących, w tabeli określającej wzór obliczenia ceny, odnośnie elementu zamówienia dotyczącego przeprowadzenia szkoleń pracowników na poziomie trenerskim, Zamawiający zawarł sformułowanie „zw.”, bezpośrednio wskazujące na zwolnienie z obowiązku podatkowego.

Natomiast, jeśli chodzi o podnoszoną przez Odwołującego okoliczność, że brak było podstaw do odrzucenia jego oferty bez dostatecznego i wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego tej czynności, to stwierdzić należy, że informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 21 stycznia 2015 roku, zawierała podstawę prawną i faktyczną, dotyczącą podjęcia tych czynności. Informacja ta zawierała uzasadnienie, dlaczego Zamawiający stwierdził, że oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny oraz dlaczego nie uznał, że przedmiot zamówienia ma charakter kompleksowy. W oparciu o tak skonstruowane uzasadnienie Odwołujący był w stanie zakwestionować czynność odrzucenia jego oferty i podjąć polemikę z oceną Zamawiającego. Z uwagi na powyższe Izba, uznała, że zarzut podniesiony przez Odwołującego w tym

zakresie (tj. co do braku wyczerpującego i rzetelnego uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego), nie potwierdził się.

Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 43 ust. 1 pkt 29 ustawy z dnia 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług, poprzez bezpodstawne przyjęcie że będące przedmiotem zamówienia szkolenia mają charakter szkoleń zawodowych i odrębnej (nie pomocniczej) usługi, a całe Zamówienie nie ma charakteru kompleksowego, został błędnie sformułowany, i jako taki nie zasługuje na uwzględnienie. Otóż, z treści powołanego powyżej przepisu wynika tylko tyle, że *Zwalnia się od podatku usługi kształcenia zawodowego lub przekwalifikowania zawodowego, inne niż wymienione w pkt 26: a) prowadzone w formach i na zasadach przewidzianych w odrębnych przepisach, lub b) świadczone przez podmioty, które uzyskały akredytację w rozumieniu przepisów o systemie oświaty - wyłącznie w zakresie usług objętych akredytacją, lub c) finansowane w całości ze środków publicznych - oraz świadczenie usług i dostawę towarów ściśle z tymi usługami związane.*

Przepis ten w żaden sposób nie odnosi się do kwestii kompleksowości świadczenia. Zresztą sam Odwołujący w toku rozprawy stwierdził, że: *„przedmiot zamówienia, gdyby polegał na szkoleniu, tj. gdyby był nazwaną usługą szkoleniową, to wówczas zwolniony byłby z podatku VAT”*. Jak już powyżej zostało wskazane koncepcja tzw. świadczeń kompleksowych i jednolitego ich opodatkowania nie wynika wprost z przepisów podatkowych, zarówno krajowych, jak i unijnych, lecz wypracowana została w orzecznictwie ETS i sądów krajowych. Dlatego też zarzut, że Zamawiający bezpodstawnie przyjął, że będące przedmiotem zamówienia szkolenia mają charakter odrębnej (nie pomocniczej) usługi, a całe Zamówienie nie ma charakteru kompleksowego, został rozpoznany w kontekście zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Izba przy tym nie kwestionuje, że będące przedmiotem szkolenia mają charakter zawodowy, niemniej jednak stanowią one element świadczenia złożonego, którego głównym elementem jest dostawa urządzeń rejestrujących wykroczenia w ruchu drogowym. Ponadto, zważyć należy, że *„Przepisy innych ustaw niż p.z.p. mogą być przedmiotem odwołania wyłącznie wtedy, gdy p.z.p. bezpośrednio do nich odsyła i o ile przepisy te mają charakter przepisów ius cogens.”* [por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 22 września 2014 r., sygn. akt: KIO 1849/14].

Odnosząc się do kolejnych zarzutów podniesionych przez Odwołującego, zauważyć należy, że tak jak już powyżej zostało wskazane, wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia jest mniejsza od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Zgodnie zaś z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp *Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:*

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

W przypadku stwierdzenia, że zarzuty odwołania wykraczają poza granice określone w przepisie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp i jednocześnie nie dysponując instrumentem pozwalającym na odrzucenie odwołania w części, Izba pozostawia poza zakresem rozpoznania zarzuty dotyczące czynności innych niż wymienione w tym przepisie. W niniejszej sprawie tylko i wyłącznie zarzuty Odwołującego odnoszące się do czynności odrzucenia jego oferty mogły stanowić przedmiot rozpoznania Izby. Natomiast pozostałe zarzuty, nie związane bezpośrednio z odrzuceniem oferty Odwołującego, nie mogły zostać rozpoznane przez Izbę.

W tym miejscu należy też zauważyć, że Zamawiający w toku rozprawy, stwierdził ponadto, że Odwołujący nie mógł kwestionować samego wyboru oferty najkorzystniejszej. Należy jednak stwierdzić, że ograniczenie wynikające z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp nie uniemożliwia nakazania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, albowiem nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, w przypadku uwzględnienia odwołania, w którym Odwołujący kwestionuje czynność odrzucenia swojej oferty, bez podważenia samego wyniku postępowania w postaci wyboru oferty najkorzystniejszej, czyniłoby iluzorycznym ochroną prawną przysługującą Odwołującemu m.in. na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Dlatego też, należy stwierdzić, że nakaz unieważnienia czynności oferty najkorzystniejszej, jest konsekwencją uwzględnienia zarzutu odnoszącego się do czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, także w postępowaniach, gdzie wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Wybór oferty najkorzystniejszej w tym postępowaniu, jest ściśle związany z odrzuceniem oferty złożonej przez Odwołującego, która, pomimo zastosowania przez Odwołującego podstawowej stawki VAT do całego zadania, jest ofertą zawierającą najkorzystniejszą cenę.

Mając powyższe na względzie Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 pkt 1 lit. a), § 3 pkt 2 oraz § 5 ust. 2 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).

Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego, w tym koszty poniesione tytułem wpisu w kwocie 7.500 zł oraz tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: