

**WYROK**  
**z dnia 6 sierpnia 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lipca 2020 r. przez wykonawcę **FBSerwis S.A. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Michałowice z siedzibą w Regułach**

przy udziale wykonawcy **MKL-BUD sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

przy udziale **R. G.**, prowadzącego w **Skierniewicach** działalność gospodarczą pod nazwą **R. G., Ekomelbud**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia częściowo odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy **R. G.**, prowadzącego w **Skierniewicach** działalność gospodarczą pod nazwą **R. G., Ekomelbud** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu niewykazania, że zaoferowania przez niego cena nie jest rażąco niska, oraz wykluczenie ww. wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w 9.1.1. pkt 2. 1) SIWZ,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **FBSerwis S.A. w Warszawie** w części 1/3 i **Gminę Michałowice z siedzibą w Regułach** w części 2/3 i:

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **FBSerwis S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od **Gminy Michałowice z siedzibą w Regułach** na rzecz wykonawcy **FBSerwis S.A. w Warszawie** kwotę **5.000 zł 00 gr** (słownie: pięciu tysięcy złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Michałowice z siedzibą w Regułach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „konserwacja rowów odwadniających na terenie gminy Michałowice”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 29 maja 2020 r., poz. 545455-N-2020.

9 lipca 2020 r. zamawiający przesłał wykonawcy FBSerwis S.A. w Warszawie, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę R. G., prowadzącego w Skierniewicach działalność gospodarczą pod nazwą R. G., Ekomelbud, zwanego dalej „przystępującym I”.

Wobec:

- 1) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego I oraz oferty wykonawcy MKL-BUD sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym II”,
- 3) zaniechania czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu przystępującego I, odwołujący wniósł 14 lipca 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 41 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2020 r. poz. 106, ze zm.; dalej: „ustawa o VAT”) oraz w zw. z art. 146aa ust. 1. pkt 2 ustawy o VAT - przez dokonanie wyboru oferty przystępującego I pomimo, iż oferta ta podlegała i podlega odrzuceniu, gdyż zawiera ona błędy w obliczeniu ceny polegające na zastosowaniu w ofercie tego wykonawcy do całości przedmiotu zamówienia stawki podstawowej podatku od towarów i usług (23%), w sytuacji, gdy zasadniczą część świadczenia wykonawcy stanowią usługi objęte obniżoną stawką tego podatku (8%), a cały przedmiot zamówienia jest usługą o charakterze kompleksowym, którego zasadniczym elementem jest bieżąca konserwacja rowów odwadniających (do której zastosowanie znajduje obniżona stawka VAT, tj. 8%), a usługi nieobjęte bezpośrednio (wprost) stawką obniżoną, tj. *„roboty ziemne wykonywane koparkami przedsiębiorczymi o poj. łyżki 0.15 m<sup>3</sup> w gr. Kat. I-III ziemi uprzednio zmag. W hałdach z transp. urobku na odl. 1 km sam. samowyląd. Wywóz namułu z odmulenia rowu z odcinków rowu wzdłuż ulic: Królewskiej, Orzeszkowej, Rumuńskiej i Środkowej oraz parku w Regułach”* mają jedynie charakter pomocniczy, a tym samym całość

świadczenia powinna być rozliczana według właściwej dla świadczenia zasadniczego obniżonej stawki VAT (8%);

- 2) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez wybór oferty przystępującego II w sytuacji, gdy oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu, gdyż wykonawca ten, wezwany przez zamawiającego do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał w sposób dostateczny, że zaoferowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej ceny, gdyż powołał się na ogólnikowe twierdzenia, nie poparte żadnymi dowodami, i jedynie lakonicznie zapewnił, że skalkulował swą ofertę w sposób rynkowy,
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 1) ustawy Pzp przez wybór oferty przystępującego I jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej w zakresie posiadania wpisu do rejestru BDO, gdyż przedstawił zamawiającemu oświadczenie, iż nie prowadzi ewidencji odpadów i w związku z tym nie posiada wpisu do BDO.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego I,
- 2) odrzucenia oferty przystępującego I oraz oferty przystępującego II i dokonania ponownego badania ofert,
- 3) wykluczenia przystępującego I z postępowania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy o VAT, stawka podatku wynosi 22%, z zastrzeżeniem ust. 2-12c, art. 83, art. 119 ust. 7, art. 120 ust. 2 i 3, art. 122 i art. 129 ust. 1. W myśl art. 41 ust. 13 ustawy o VAT, towary i usługi będące przedmiotem czynności, o których mowa w art 5, niewymienione w klasyfikacjach wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej podlegają opodatkowaniu stawką w wysokości 22%, z wyjątkiem tych, dla których w ustawie lub przepisach wykonawczych określono inną stawkę.

Odwołujący argumentował, że stosownie do treści art. 146a pkt 1 ustawy o VAT, w okresie od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia 31 grudnia 2018 r., z zastrzeżeniem art. 146f, stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 1 i 13, art. 109 ust 2 i art. 110, wynosi 23%. Zgodnie natomiast z art. 146aa ust. 1 pkt 1 ustawy o VAT, w okresie od dnia 1 stycznia 2019 r. do końca roku następującego po roku, dla którego wartość relacji, o której mowa w art. 38a pkt 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, jest nie większa niż 43% oraz wartość, o której mowa w art. 112aa ust. 5 tej ustawy, jest nie mniejsza niż -6%, stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 1 i 13, art. 109 ust. 2 i art. 110, wynosi 23%.

Odwołujący wskazywał, że zarówno w treści ustawy o podatku od towarów i usług, jak i przepisach wykonawczych do niej, ustawodawca przewiduje dla niektórych czynności obniżone stawki podatku, bądź zwolnienie od podatku.

Argumentował, że w świetle art. 41 ust. 2 ustawy o VAT, dla towarów i usług, wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stawka podatku wynosi 7%, z zastrzeżeniem ust. 12 i art. 114 ust. 1. W myśl art. 146a pkt 2 ustawy, w okresie od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia 31 grudnia 2018r., z zastrzeżeniem art. 146f, stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 2, art. 120 ust. 2 i 3 oraz w tytule załącznika nr 3 do ustawy, wynosi 8%. Zgodnie natomiast z art. 146aa ust. 1 pkt 1 ustawy o VAT, w okresie od dnia 1 stycznia 2019 r. do końca roku następującego po roku, dla którego wartość relacji, o której mowa w art. 38a pkt 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, jest nie większa niż 43% oraz wartość, o której mowa w art. 112aa ust. 5 tej ustawy, jest nie mniejsza niż -6%, stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 2, art. 120 ust. 2 i 3 oraz w tytule załącznika nr 3 do ustawy, wynosi 8%.

Odwołujący wskazał, że usługa stanowiąca przedmiot zamówienia jest objęta załącznikiem nr 3 do ustawy o VAT. Usługa ta winna bowiem zostać sklasyfikowana jako „Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni” - a więc:

- symbol 81.30.10.0 zgodnie z Polską Klasyfikacją Wyrobów i Usług (dalej: „PKWiU”) z 2008 r., odpowiadająca pozycji nr 176 Załącznika nr 3 do ustawy o VAT w brzmieniu obowiązującym w dacie złożenia oferty;
- symbol 81.30 PKWiU z 2015 r., odpowiadająca pozycji nr 52 Załącznika nr 3 do ustawy o VAT w brzmieniu obowiązującym obecnie (tj. od 1 lipca br.).

Przedmiotem zamówienia jest bowiem bieżąca konserwacja rowów odwadniających, polegająca na:

- 1) wykoszeniu skarp i dna wraz z wygrabieniem,
- 2) odmuleniu dna,
- 3) oczyszczeniu przepustów, rurociągów i wylotów drenarskich,
- 4) wywiezieniu części wykoszonych porostów oraz urobku z odmulenia.

Odwołujący wskazał, że szczegółowy wykaz robót, do których wykonania zobowiązany będzie wykonawca, określony został w załączniku nr 10 do SIWZ - przedmiarze robót (dalej: „Przedmiar”). Obejmuje on w przeważającej mierze usługi, które wprost powinny stanowić usługi związane z zagospodarowaniem terenów zielonych (z uwagi na następujące czynności wymienione w Przedmiarze: Wykoszenie porostów ręcznie ze skarp rowów, koron i skarp nasypów; porost rzadki, twardy; Ręczne usuwanie namułu z cieków, Ręczne czyszczenie kanałów kołowych sieci zewnętrznych, Oczyszczanie z namułów wylotów drenarskich, Odmulanie mechaniczne deków, Mechaniczne plantowanie urobku z odmulanych rowów, Ręczne wykoszenie porostów gęstych twardych, Wygrabianie

wykoszonych porostów, Mechaniczne odmulenie dna rowu, Rozplantowanie urobku po mechanicznym odmuleniu cieków).

Zdaniem odwołującego powyższe czynności powinny zostać sklasyfikowane jako Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni, gdyż zgodnie z wyjaśnieniami do PKWU 2015, podgrupa: Usługi związane z zagospodarowaniem pozostałych terenów zieleni (symbol 81.30.12.0 podlegający pod grupę Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni - symbol PKWU 81.30) obejmuje m.in.:

- usługi dokonywania zasadzeń, pielęgnację i utrzymanie np. zieleni autostrad, ulic, dróg kolejowych i tramwajowych, brzegów dróg wodnych, w portach itp., wód stojących i płynących (zbiorniki wodne, bagna, stawy, baseny kąpielowe, fosy, strumyki, potoki, rzeki, systemy oczyszczania ścieków),
- pozostałe usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni innych niż rolnicze i leśne: renaturalizacja, rekultywacja, melioracja gruntów, tworzenie obszarów retencyjnych, zbiorników burzowych itp.

Odwołujący argumentował, że spośród świadczeń wskazanych w przedmiarze jedynie niewielka ich część mogłaby zostać uznana za podlegająca podstawowej (23%) stawce podatku VAT (tj. „Roboty ziemne wykonywane koparkami przedsiębiorcami w ziemi uprzednio zmag. w hałdach z transp. urobku na odl. 1 km sam. samowyląd. Wywóz namułu z odmulenia rowu”).

Odwołujący podkreślał, że co do zasady każde świadczenie dla celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług powinno być traktowane jako odrębne i niezależne. Jednakże w sytuacji, gdy jedna usługa obejmuje z ekonomicznego punktu widzenia kilka świadczeń, usługa ta nie powinna być sztucznie dzielona dla celów podatkowych. Pojedyncze świadczenie ma miejsce zwłaszcza wtedy, gdy jedną lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas gdy inny lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania, co do usługi zasadniczej.

Odwołujący podniósł, że z pojedynczym świadczeniem możemy mieć do czynienia w sytuacji, gdy żadnej z części składowych usługi nie można uznać za usługę główną, np. w sytuacji, gdy wszystkie czynności będące elementami składowymi (lub przynajmniej część z nich) są równie istotne dla wykonania całego świadczenia złożonego (usługi kompleksowej), a jednocześnie brak pomiędzy tymi elementami związku, wskazującego na istnienie relacji usługa główna - usługa pomocnicza. Odwołujący wywodził, że aby móc wskazać, iż dana usługa jest usługą złożoną (kompleksową), winna składać się ona z różnych świadczeń, których realizacja prowadzi jednak do jednego celu. Na usługę złożoną składa się więc kombinacja różnych czynności, prowadzących do realizacji określonego celu, na które składają się różnego rodzaju świadczenia. Dla oceny, czy w danej, konkretnej sprawie mamy

do czynienia ze świadczeniem kompleksowym ocena w tym zakresie dokonywana powinna być z punktu widzenia zamawiającego, bowiem charakter danego świadczenia należy oceniać biorąc pod uwagę punkt widzenia nabywcy oraz cechy charakterystyczne tego świadczenia.

Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia udzielanego w postępowaniu nie jest odrębne świadczenie przez wykonawcę niezależnych usług czy robót (wykoszenie skarp, odmulenie dna czy wywóz urobku z odmulenia), lecz wykonanie usługi o charakterze kompleksowym, polegającej na całościowej konserwacji rowów odwadniających (melioracyjnych).

Odwołujący argumentował, że roboty ziemne określone w przedmiarze to usługa, która powinna zostać potraktowana wyłącznie jako usługa pomocnicza względem usługi zasadniczej, czyli konserwacji rowów odwadniających - wobec czego stawka VAT 8% powinna znaleźć zastosowanie do całości usługi, która ma charakter kompleksowy / złożony. Czynności robót ziemnych nie stanowią dla gminy celu nabycia usług, gdyż celem gminy jest nabycie szerszej usługi, jaką jest konserwacja rowów odwadniających. W tym kontekście - w celu potwierdzenia kompleksowego charakteru usługi i przyjęcia jednolitej 8% stawki VAT - zauważyć należy, że pojedyncza usługa (roboty ziemne) w ramach usługi kompleksowej (konserwacja rowów) nie może sama w sobie stanowić celu nabycia (i zdaniem Wykonawcy, jak wspomniano, celem Gminy jest nabycie szerszej usługi, tj. konserwacji rowów); ponadto istotnym jest, że wykonanie usługi zasadniczej (konserwacji rowowi bez pomocniczej (robót ziemnych) jest niemożliwe. W konsekwencji, wspomniane roboty ziemne nie powinny zostać objęte odrębnym rozliczeniem, podlegającym standardowej, 23% stawce VAT, lecz powinny być opodatkowane całościowo - stawką obniżoną 8%, właściwą dla świadczenia zasadniczego. Tymczasem przystępujący I (podobnie jak przystępujący II i inni wykonawcy, sklasyfikowani na dalszych miejscach) w swoich ofertach wskazali na zastosowanie dla całego przedmiotu zamówienia podstawowej stawki podatku VAT (23%).

Zdaniem odwołującego oferty te powinny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jako zawierające błąd w obliczeniu ceny. Odwołujący podniósł, że stawka 23% jest stawką nieprawidłowa. Jej zastosowanie nie wynika z przepisów obowiązującego prawa, bowiem przepis 41 ust. 1 ustawy o VAT określa w sposób imperatywny, że stawka ta ma zastosowanie do opodatkowania towarów i usług z zastrzeżeniem (a więc z wyłączeniem) uregulowań ust 2 - 12 i innych wskazanych przepisów ustawy o VAT. Z kolei przepis art. 41 ust. 2 ustawy o VAT w równie imperatywny sposób nakazuje, aby do towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy o VAT stosowana była stawka obniżona 7% (aktualnie 8% w związku z regulacją 146aa ust. 1 pkt 1 ustawy o VAT). Odwołujący argumentował, że żaden z przepisów podatkowych nie upoważnia w tym zakresie podatnika do tego, aby wybrał on sobie, którą ze stawek w danym przypadku zamierza zastosować

(obniżoną 8% czy też może podstawową 23% - bowiem prawidłowa stawka może wynikać tylko i wyłącznie z przepisów obowiązującego prawa, a te w sposób jednoznaczny określają, do których świadczeń stosuje się stawkę 23%, a do których stawkę 8%). Zdaniem odwołującego odrzucenie to powinno nastąpić niezależnie od tego, czy w warunkach danego zamówienia zastosowanie błędnej stawki VAT miało wpływ na wybór oferty, bowiem przy ocenie zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania konieczne jest zastosowanie kryteriów zobiektywizowanych (a więc niezależnych od okoliczności charakterystycznych dla danego postępowania). Odwołujący wskazał na brak podstaw do uznania, aby zachodziły przesłanki do dokonania poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty przystępującego I czy innych wykonawców z treścią SIWZ. Specyfikacja w żadnym miejscu nie wskazuje, jaką stawkę VAT wykonawcy mieliby zastosować, brak jest podstaw do twierdzenia, aby błędna stawka stanowiła jakąkolwiek omyłkową niezgodność z SIWZ.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego niedostatecznego wyjaśnienia wysokości ceny oferty przystępującego I odwołujący wskazał, że zamawiający wezwał ww. wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. Przystępujący I takie wyjaśnienia przedstawił w dniu 19 czerwca br. wskazując niezwykle lakonicznie (na zaledwie jednostronicowym dokumencie), że zaoferowana przez niego cena jest prawidłowa, gdyż:

- wykonał już te same prace w 2018 r.,
- dysponuje sprzętem i ludźmi zdolnymi do ich wykonania,
- nie zamierza korzystać z pomocy podwykonawców,
- masę zieloną z wykoszonych porostów wykorzysta na potrzeby gospodarstwa rolnego w gminie Nadarzyn,
- cena jednostkowa koszenia wyliczona została zgodnie z KNR - wskazał w tym zakresie cenę jednostkową).

Odwołujący podniósł, że przystępujący I nie przedstawił żadnej kalkulacji kosztów realizacji zamówienia, nie wykazał wpływu na cenę tych czynników, które jego zdaniem decydują o możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę, ani nie wykazał, że w cenie zostały uwzględnione koszty pracy w wysokości odpowiadającej co najmniej minimalnemu wynagrodzeniu za pracę. Argumentował, że do swoich „wyjaśnień” nie załączył żadnych dowodów na poparcie tez w tym dokumencie zawartych. Zdaniem odwołującego wyjaśnienia, jako nazbyt ogólne, nieprecyzyjne, gołostowne (nieudowodnione ani nawet nieuprawdopodobnione), oparte jedynie na własnych zapewnieniach wykonawcy, w żaden sposób nie dowodzą, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Powyższe oznacza, że wykonawca ten nie sprostął spoczywającemu na nim na mocy postanowienia art 90 ust. 2 ustawy PZP ciężarowi dowodowemu, a tym samym jego oferta winna zostać odrzucona.



Odwołujący podkreślał, że zarzut podniesiony w odwołaniu nie dotyczy tego, czy oferta przystępującego I cenę rażąco niską faktycznie zawiera, lecz odnosi się do nieprzekazania zamawiającemu w terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz niewykazania przez przystępującego I, że jego oferta nie ma charakteru ceny rażąco niskiej - co samo w sobie powoduje konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że to na wykonawcy udzielającym wyjaśnień ciąży zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że jego oferta takiej ceny nie zawiera. Każdy przypadek niewykazania tego obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, bez konieczności prowadzenia dalszych dociekań, wyjaśnień czy poszukiwania dowodów, czy oferta cenę rażąco niską zawiera.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego niespełnienia warunku udziału w postępowaniu odwołujący podniósł, że zamawiający ustanowił dla wszystkich wykonawców warunek posiadania uprawnień lub kompetencji do prowadzenia określonej działalności w postaci wpisu do rejestru BDO. Odwołujący wskazał, że przystępujący I wprost oświadczył zamawiającemu, że takiego wpisu nie posiada, co winno prowadzić do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

Odwołujący podniósł, że przystępujący I takiego warunku na etapie poprzedzającym złożenie oferty w żaden sposób nie zakwestionował. Nawet jeśli uważał, że posiadanie takiego wpisu do prowadzenia działalności objętej przedmiotem zamówienia nie jest konieczne, winien zwrócić zamawiającemu uwagę, czy to w postaci wniosku o zmianę SIWZ, czy też przez wniesienie odwołania. Skoro tego nie zrobił, a warunek dotyczący posiadania ww. uprawnień został w SIWZ określony, to winien był ów warunek spełnić.

Odwołujący wskazał, że wymóg dotyczący posiadania wpisu do BDO nie został przez zamawiającego uzależniony od tego, czy dany wykonawca „prowadzi ewidencję odpadów”, tak więc oświadczenie przez przystępującego I, że takiej ewidencji nie prowadzi, pozostaje bez znaczenia dla oceny jego spełnienia. Istotne w tym zakresie pozostaje tylko, że przystępujący I wprost przyznał, że warunku udziału w postępowaniu nie spełnia - a to winno prowadzić do wykluczenia tego wykonawcy bez wzywania go do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego posiadanie wpisu do BDO.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego

zgłosił przystąpienie wykonawca R. G., prowadzący w Skierniewicach działalność gospodarczą pod nazwą R. G., Ekomelbud. Wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca MKL-BUD sp. z o.o. w Warszawie. Wniósł o oddalenie odwołania w części dotyczącej żądania odrzucenia swej oferty. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców złożone w postępowaniu, wezwanie zamawiającego z 17 czerwca 2020 r. skierowane do przystępującego Ekomelbud do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnienia przystępującego Ekomelbud z 19 czerwca 2020 r., wezwania zamawiającego skierowane do wykonawców o wyjaśnienia dotyczące zastosowanej w ofertach stawki VAT, wyjaśnienia wykonawców dotyczące zastosowanej w ofertach stawki VAT, wezwanie zamawiającego z 30 czerwca 2020 r. skierowane do przystępującego Ekomelbud w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, dokumenty złożone przez przystępującego Ekomelbud w dniu 2 lipca 2020 r., zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 9 lipca 2020 r., stanowiska złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę R. G., prowadzącego w Skierniewicach działalność gospodarczą pod nazwą R. G., Ekomelbud uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, w tym przystępujący I wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę MKL-BUD sp. z o.o. w Warszawie uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, w tym przystępujący II wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu trzecim, za ofertą przystępującego Ekomelbud oraz ofertą przystępującego MKL-Bud sp. z o.o. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu odrzucenia ofert obu przystępujących. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności odrzucenia ofert obu przystępujących skutkować będzie koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania takich czynności, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołującego. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest *wykonanie bieżącej konserwacji rowów odwadniających na terenie gminy Michałowice o łącznej długości ok. 9 058,00 mb, polegającej na:*

1. *wykoszeniu skarp i dna wraz z wygrabieniem,*
2. *odmuleniu dna,*
3. *oczyszczeniu przepustów, rurociągów i wylotów drenarskich,*
4. *wywiezieniu części wykoszonych porostów oraz urobku z odmulenia.* (zgodnie z pkt 2.1. SIWZ).

*Pełny zakres przedmiotu zamówienia określony jest w „Przedmiarze” stanowiącym załącznik nr 10 do SIWZ (pkt 2.3. SIWZ).*

Ustalono ponadto, że zamawiający w pkt 9.1.2. SIWZ wskazał, że *O udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 pkt. 2) ustawy Pzp. dotyczące:*

- 1) *kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów:*

*Zamawiający wymaga, aby Wykonawca posiadał:*

- *Wpis do rejestru BDO, zgodnie z art. 50 ust. 1 pkt 5 lit. e ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach ( t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 797 ze zm.).*

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający w pkt 10.2.2. SIWZ wskazał, że *na wezwanie Zamawiającego, o którym mowa w ust. 1 w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu Wykonawca będzie zobowiązany do złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów:*

- 1) *Wpis do rejestru BDO, zgodnie z art. 50 ust. 1 pkt 5 lit. e ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach ( t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 797 ze zm.)*

Ustalono, że zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 250.000,00 zł łącznie z podatkiem VAT (pkt 11 protokołu postępowania, w aktach sprawy).

Ustalono na podstawie pkt 12 protokołu i złożonych ofert, że do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyli wykonawcy oferując następujące ogólne ceny brutto:

- a) przystępujący Ekomelbud – 87.753,12 zł brutto, w tym 23% VAT,
- b) przystępujący MKL-Bud sp. z o.o. w Warszawie – 112.806,78 zł brutto, w tym 23% VAT,
- c) odwołujący – 136.942,19 zł brutto, w tym 8% VAT,
- d) Spółka Wodna Niziny Kanału Bródnowskiego – 163.951,79 zł brutto, w tym 23% VAT,
- e) Castor Craft sp. z o.o. w Czosnowie – 176.285,27 zł brutto, w tym 23% VAT,
- f) Drew-Kos D. R. – 278.178,08 zł brutto, w tym 23% VAT,
- g) Sorted sp. z o.o. w Chyliczkach – 565.772,45 zł brutto, w tym 23% VAT.

Ustalono, że zamawiający 17 czerwca 2020 r., działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał przystępującego Ekomelbud do *udzielenia wyjaśnień, w tym do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny oferty i jej elementów składowych mających wpływ na wysokość ceny oferty złożonej w postępowaniu.*

Zamawiający wskazał, że *oceniając złożone wyjaśnienia będzie brał po uwagę obiektywne czynniki, w szczególności informacje o:*

- a) *oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r., poz. 2177),*
- b) *pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów,*
- c) *wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,*
- d) *wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska,*
- e) *powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy,*
- f) *przyjęciu w kalkulacji złożonej oferty wszelkich wymagań postawionych w SIWZ przez zamawiającego, w tym skalkulowanie ceny w sposób jednoznaczny bez podziału na wartości zależne od wielkości zamówienia, obejmującej wszelkie koszty i obciążenia powstające w wyniku realizacji przedmiotu umowy, które są konieczne dla prawidłowej realizacji tego zamówienia, w uwzględnieniu wszystkich opłat i podatków, w tym m.in.:*
  - 1) *koszty związane z realizacją usług objętych zamówieniem,*
  - 2) *koszty transportu i utylizacji odpadów,*
  - 3) *koszty innych prac określone w projekcie umowy oraz w dokumentacji technicznej,*

4) podatek VAT.

W dalszej części ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący Ekomebud złożył w dniu 22 czerwca 2020 r. wyjaśnienia datowane na 19 czerwca 2020 r. W wyjaśnieniach wskazał, co następuje.

*Firma EKOMELBUD wykonywała te same prace w 2018 r., zakres powierzanych robót nie jest zatem obcy, a wycena została dokonana na podstawie zdobytej w praktyce wiedzy. Firma dysponuje sprawnym i doświadczonym zespołem ludzi oraz odpowiednim sprzętem mechanicznym. Park maszynowy został od poprzedniego razu powiększony i składa się obecnie m. in. z:*

- kosiarki ciągnikowej,
- kosiarek spalinowych,
- kos spalinowych i ręcznych,
- mulczera,
- koparko-ładowarek,
- koparko-odmularek,
- minikoparki,
- samochodów dostawczych.

*Wszystkie prace wykonane zostaną własnymi siłami, nie jest przewidziane zatrudnianie jakichkolwiek podwykonawców. Pozwala na to posiadane zaplecze personalne, techniczne oraz doświadczenie zdobyte przez 12 lat funkcjonowania firmy.*

*Masa zielona uzyskana z wykoszonych porostów zostanie skompostowana na potrzeby gospodarstwa rolnego w gminie Nadarzyn, urobek uzyskany z odmulania rowów zostanie wykorzystany do wyrównania terenu na działkach w odległości do 5,0 km.*

*Cena jednostkowa koszenia i wygrabienia skarp rowów, koron i skarp nasypów wyliczona została z KNR 15-01 t.01 14/02 oraz t.0115/01 i wynosi:*

- 0,24 zł/m<sup>2</sup> - przy koszeniu ręcznym,
- 0,21 zł/m<sup>2</sup> (t. 0114/09) - przy koszeniu mechanicznym.

*Dokonana w ten sposób wycena oraz pozostałe podane ceny gwarantują prawidłowe wykonanie całego zakresu robót z marginesem uniemożliwiającym poniesienie strat.*

W dalszej kolejności ustalono, że pismem z dnia 17 czerwca 2020 r., zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu do wyjaśnienia zastosowanej w wycenie stawki podatku VAT.

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący Ekomebud złożył wyjaśnienia, że stawka VAT została określona na podstawie symbolu PKWiU 42.21.23.0, dla którego stawka wynosi 23%. Wskazał, że potwierdzeniem wyboru tej

stawki VAT była dla niego interpretacja indywidualna dla podobnego zakresu robót wydana przez Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z dnia 12.07.2016r. nr ITTP1/4512-216/16/BK. Do wyjaśnień załączył ww. interpretację indywidualną.

Ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący MKL-BUD sp. z o.o. złożył wyjaśnienia z 18 czerwca 2020 r. Wskazał, że w złożonej ofercie przyjęliśmy świadczenie usługi kompleksowej, w skład której w przeważającej ilości wchodzi prace, które podlegają opodatkowaniu w wysokości 23%. Prace te uznano za usługi główne:

- usuwanie namułu z cieków;
- odmulanie kanałów, przepustów rurowych i wylotów drenarskich;
- mechaniczne odmulanie dna rowu oraz rozplantowaniem urobku; - roboty ziemne;
- usługi transportowe.

Wartość robót związanych z wykaszaniem porostów stanowi mniejszość, więc zakwalifikowano je jako usługi poboczne. Usługa główna jest zatem tą wiodącą, zmierzającą do zrealizowania określonego celu. Usługi poboczne natomiast zmierzają do tego samego celu, ale pełnią raczej funkcje wspomagające.

W związku z powyższym zastosowaliśmy stawkę VAT właściwą dla usługi zasadniczej — głównej. Stosowanie jednolitej stawki VAT w odniesieniu do całej usługi kompleksowej ma swoje potwierdzenie w licznych interpretacjach podatkowych. Takie stanowisko znalazło się między innymi w interpretacji indywidualnej Dyrektora Krajowej Informacji Podatkowej z 27 marca 2018 r. (znak 0112-KDIL1-3.4012.39.2018.2.IT). Dyrektor KIS uznał między innymi, że „usługa taka, jeżeli może zostać uznana za usługę o charakterze złożonym, podlega opodatkowaniu jednolitą stawką podatku od towarów i usług, właściwą dla świadczenia podstawowego, głównego”.

Ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia z 18 czerwca 2020 r. Wskazał, że objął stawką VAT 8% całość zamówienia klasyfikując usługi będące przedmiotem tego zamówienia jako Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni — symbol 81.30.10.0 PKWiU 2008, który jest zgodny z pozycją nr 176 Załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług .

Powyższe wynika z faktu, że przedmiotem zamówienia jest bieżąca konserwacja rowów odwadniających, polegająca na:

- 1) wykoszeniu skarp i dna wraz z wygrabieniem,
- 2) odmuleniu dna,
- 3) oczyszczeniu przepustów, rurociągów i wylotów drenarskich,
- 4) wywiezieniu części wykoszonych porostów oraz urobku z odmulenia

Powyższe czynności powinny zostać sklasyfikowane jako Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni (symbol 81.30.10.0 PKWiU 2008) gdyż zgodnie

natomiast z wyjaśnieniami do PKWiU 2015, grupa Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni obejmuje m.in. :

- usługi dokonywania zasadzeń, pielęgnację i utrzymanie np. zieleni autostrad, ulic, dróg kolejowych i tramwajowych, brzegów dróg wodnych, w portach itp., wód stojących i płynących (zbiorniki wodne, bagna, stawy, baseny kąpielowe, fosy, strumyki, potoki, rzeki, systemy oczyszczania ścieków),
- pozostałe usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni innych niż rolnicze i leśne: renaturalizacja, rekultywacja, melioracja gruntów, tworzenie obszarów retencyjnych, zbiorników burzowych itp.

Na przyjętą klasyfikację nie powinien mieć wpływu fakt, że z załącznika nr 10 do SIWZ - Przedmiar wynika, że w ramach konserwacji wykonywane są prace pomocnicze w zakresie robót ziemnych: „Roboty ziemne wykonywane koparkami przedsiębiorcami o poj. łyżki 0,15 m<sup>3</sup> w gr. kat. I-III w ziemi uprzednio zmag. w hałdach z transp. urobku na od. 1 km sam. samowład. Wywóz namułu z odmulenia rowu z odcinków rowu wzdłuż ulic: Królewskiej, Orzeszkowej, Rumuńskiej i Środkowej oraz parku w Regułach”.

Wykonawca stoi bowiem na stanowisku, że roboty ziemne określone w przedmiarze to usługa, która powinna zostać potraktowana wyłącznie jako usługa pomocnicza względem usługi zasadniczej, czyli konserwacji rowów odwadniających — wobec czego stawka VAT 8% powinna znaleźć zastosowanie do całości usługi, która ma charakter kompleksowy / złożony. W opinii Wykonawcy czynności robót ziemnych nie stanowią dla Gminy celu nabycia usług, gdyż celem Gminy jest nabycie szerszej usługi, jaką jest konserwacja rowów odwadniających. W tym kontekście w celu potwierdzenia kompleksowego charakteru usługi i przyjęcia jednolitej 8% stawki VAT — zauważyć należy, że pojedyncza usługa (roboty ziemne) w ramach usługi kompleksowej (konserwacja rowów) nie może sama w sobie stanowić celu nabycia (i zdaniem Wykonawcy, jak wspomniano, celem Gminy jest nabycie szerszej usługi, tj. konserwacji rowów); ponadto istotnym jest, że wykonanie usługi zasadniczej (konserwacji rowów) bez pomocniczej (robót ziemnych) jest niemożliwe. W konsekwencji, wspomniane roboty ziemne nie powinny zostać objęte odrębnym rozliczeniem, podlegającym standardowej, 23% stawce VAT.

W kontekście powyższego, Wykonawca pragnie zwrócić uwagę, że zdaniem organów podatkowych usługi związane z melioracjami wodnymi mogą podlegać preferencyjnej stawce VAT 8% (jako podlegające symbolowi 81.30.10.0 PKWiU 2008), przy jednoczesnym uwzględnieniu kompleksowego charakteru wykonywanych czynności - zgodnie z interpretacją indywidualną o sygn. ITPP1/4512-15/15/JP.

Z uwagi na powyższe, w opinii Wykonawcy, czynności będące przedmiotem zamówienia powinny podlegać preferencyjnej 8% stawce VAT, zgodnie z art. 41 ust. 2

ustawy z o podatku od towarów i usług w związku z pozycją nr 176 Załącznika nr 3 do tejże ustawy.

*Jednocześnie, Wykonawca miał podstawy do objęcia wszystkich prac jednolitą (8%) stawką VAT, gdyż poszczególne usługi wymienione w przedmiarze — dopiero wykonane łącznie — stanowią będą wymagany cel realizacyjny, tj. konserwację rowów odwadniających, co w konsekwencji stanowić będzie o nabyciu przez Gminę szerszej usługi o kompleksowym charakterze, która powinna zostać opodatkowana zgodnie ze stawką właściwą dla czynności głównych / dominujących (czyli zagospodarowania terenów zieleni poprzez konserwację rowów odwadniających).*

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismem z dnia 30 czerwca 2020 r. działając na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp wezwał przystępującego Ekomelbud do złożenia m.in. wpisu do rejestru BDO, zgodnie z art. 50 ust. 1 pkt 5 lit. e ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 797 ze zm.).

Ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący Ekomelbud złożył pismo z dnia 2 lipca 2020 r., w którym oświadczył, że nie prowadzi ewidencji odpadów w związku z tym nie posiada wpisu w rejestrze BDO.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismem z dnia 9 lipca 2020 r. zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego Ekomelbud.

### **Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie.**

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert obu przystępujących, którzy mieli złożyć oferty z ceną zawierającą błędną stawkę podatku VAT.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny.*

Stan faktyczny nie był sporny między stronami. Obydwaj przystępujący złożyli zamawiającemu oferty z ceną uwzględniającą jednolitą stawkę podatku VAT 23%. Z kolei odwołujący, jako jedyny wykonawca w postępowaniu, złożył ofertę z ceną uwzględniającą jednolitą stawkę podatku VAT 8%.

Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, że stawki podatku VAT uwzględnione w cenach ofert obu przystępujących są niezgodne z przepisami prawa.



Izba dokonała analizy opisu przedmiotu zamówienia jak również załączonego do SIWZ przedmiaru robót. Jak wynikało z pkt 2.1. SIWZ przedmiotem zamówienia jest wykonanie bieżącej konserwacji rowów odwadniających na terenie gminy Michałowice o łącznej długości ok. 9 058,00 mb, polegającej na:

1. wykoszeniu skarp i dna wraz z wygrabieniem,
2. odmuleniu dna,
3. oczyszczeniu przepustów, rurociągów i wylotów drenarskich,
4. wywiezieniu części wykoszonych porostów oraz urobku z odmulenia.

Dalsze doprecyzowanie przedmiotu zamówienia znalazło się, z mocy pkt 2.3. SIWZ, w przedmiarze robót, stanowiącym załącznik nr 10 do SIWZ. W przedmiarze robót ujęto 86 pozycji kosztorysowych. Roboty ziemne związane z usuwaniem namułu i jego wywozem opisano w powtarzających się pozycjach opisanych następująco:

- 1) *Ręczne usuwanie namułu z cieków o gł. do 1,5 m i szer. dna 0,81,1 m, gr. warstwy namułu 0,20 m (KNNR-W 10 250902),*
- 2) *Ręczne czyszczenie kanałów kołowych sieci zewn. o śr. 0.50 m wypełnionych osadem do 1/3 wys. kanału (KNR 4-05II 0201-05),*
- 3) *Roboty ziemne wykonywane koparkami przedsiębiornymi o poj. łyżki 0.15 m<sup>3</sup> w gr. kat. III w ziemi uprzednio zmag. w hałdach z transp. urobku na odl. 1 km sam. samowyląd. Wywóz namułu z odmulenia rowu z odcinków rowu wzdłuż ulic: Królewskiej, Orzeszkowej, Rumuńskiej i Środkowej oraz parku w Regułach (KNNR 1 0205-01),*
- 4) *Dodatek za każdy rozp. 1 km transportu ziemi samochodami samowylądowczymi po terenie lub drogach gruntowych (kat.gr. I-IV) do 5 km, Krotność = 4 (KNNR 1 0208-01),*
- 5) *Ręczne czyszczenie kanałów kołowych sieci zewn. o śr. 1.20 m wypełnionych osadem do 1/3 wys. kanału (KNR 4-05II 0201-09),*
- 6) *Roboty ziemne wykonywane koparkami przedsiębiornymi o poj. łyżki 0.15 m<sup>3</sup> w gr. kat. IIII w ziemi uprzednio zmag. w hałdach z transp. urobku na odl. 1 km sam. samowyląd. Wywóz namułu z odmulenia rowu (KNNR 1 0205-01),*
- 7) *Ręczne usuwanie namułu z cieków o gł. do 1,5 m i szer. dna 0,40,7 m, gr. warstwy namułu 0,20 m (KNNR-W 10 250901),*
- 8) *Oczyszczenie z namułu przepustów rurowych o śr. 0.6 m przy stosunku głębok. zamulenia do średnicy 1/3 (KNR 15-01 0108-02),*
- 9) *Oczyszczanie z namułów wylotów drenarskich jednostronnych lub czołowych pojedynczych (KNNR-W10 251701),*
- 10) *Oczyszczenie z namułu przepustów rurowych o śr. 0.8 m przy stosunku głębok. zamulenia do średnicy 1/3 (KNR 15-01 0108-03),*
- 11) *Oczyszczenie z namułu wylotów drenarskich dwustronnych podwójnych (KNR 15-01 0107-04),*

- 12) *Odmulanie mechaniczne cieków o szer. dna do 1,1 m; gr. warstwy namułu 0, 20 m (kosiarko-odmularka) (KNNR-W 10 251302);*
- 13) *Mechaniczne plantowanie urobku z odmulanych rowów przy obj. odkładu 0,5 m<sup>3</sup>/m krawędzi, grunt kat. I-II (KNNR-W 10 252001),*
- 14) *Mechaniczne odmulenie dna rowu (po wyłączeniu przepustów, mostów i odcinków do skarpowania). Grubość warstwy odmulanej 20 cm na odkład (koparka gąsienicowa) (KNR 15-01 0116-02),*
- 15) *Rozplantowanie urobku po mechanicznym odmuleniu cieków o szer. dna do 0.6 m. Urobek ułożony jednostronnie przy grub. warstwy namułu 20 cm (KNR 15-01 0113-02).*  
Ponadto w przedmiarze opisano w powtarzających się pozycjach następujące prace:
  - 1) *Wykoszenie porostów ręcznie ze skarp rowów, koron i skarp nasypów; porost rzadki, twardy (KNNR-W 10 250805),*
  - 2) *Ręczne wykoszenie porostów gęstych twardych z dna cieków (KNR 15-01 0114-08),*
  - 3) *Wygrabianie wykoszonych porostów z dna cieków o szer. do 2.0 m (KNR 15-0115-03).*

Odwołujący argumentował w odwołaniu, że roboty te winny zostać sklasyfikowane jako „Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni” – a więc:

- symbol 81.30.10.0 zgodnie z Polską Klasyfikacją Wyrobów i Usług (dalej: „PKWiU”) z2008 r., odpowiadająca pozycji nr 176 Załącznika nr 3 do ustawy o VAT w brzmieniu obowiązującym w dacie złożenia oferty<sup>1</sup>;
- symbol 81.30 PKWiU z 2015 r., odpowiadająca pozycji nr 52 Załącznika nr 3 do ustawy o VAT w brzmieniu obowiązującym obecnie (tj. od 1 lipca br.).

Analiza opisu przedmiotu zamówienia prowadziła jednak do wniosku, że nadrzędnym celem zamawiającego jest przywrócenie do należytego stanu rowów melioracyjnych stanowiących urządzenia gospodarki wodnej. Najistotniejszą pracą, jaką wykona wykonawca jest odmulenie i zagospodarowanie namułów o pojemności kilkuset m<sup>3</sup>. Taki przedmiot zamówienia charakteryzuje się swoją specyfiką. Prace polegające na odmulaniu rowów i wywiezieniu namułów muszą być wykonywane specjalistycznym sprzętem takim jak koparki przedsiębiorne, koparki-ładowarki, koparki-odmularki. Ponadto wydobyte namuły muszą być wywiezione przy pomocy samochodów samowyladowczych. Powyższe wynikało choćby z przytoczonych opisów pozycji przedmiaru. Tego typu prace mają charakter de facto robót ziemnych, robót ogólnobudowlanych, które podlegają podstawowej stawce podatku VAT 23%. Jednocześnie to te prace przesadzają o charakterze całego zamierzenia gospodarczego i celu, jaki chce osiągnąć zamawiający. Zasadniczym celem gospodarczym, jaki chce zamawiający osiągnąć jest udroźnienie i utrzymanie w należyłym stanie rowów, będących elementem infrastruktury wodnej.

Owszem elementem przedmiotu zamówienia jest też pielęgnacja skarp, obejmująca m.in. wykaszanie i wygrabianie porostów porastających skrajnie odmulanych rowów. Tego rodzaju usługi są sklasyfikowane jako usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni PKWiU 81.30.10.0 i objęte stawką VAT 8 % (poz. 176 załącznika nr 3 do ustawy z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, obowiązującego w dacie składania ofert). Jednakże nie zostało wykazane, że jest to usługa główna, dominująca. Wykonawca ma przede wszystkim udroźnić rowy, wywieźć namuły i do tego dodatkowo wykosić ich skarpy. Ponadto, niekoniecznie jest to zwykłe koszenie trawy, skoro – jak wynika z przedmiaru robót – obejmuje także usunięcie porostów twardych, a więc np. samosiejek krzewów i drzew, które niekiedy też będzie wymagać cięższego sprzętu. Z przedmiaru robót wynika też, że roboty ziemne pod względem ilościowym dominują nad pracami konserwacyjnymi polegającymi na koszeniu porostów. Roboty przeważają także pod względem wartościowym jako obejmujące prace wymagające zaangażowania cięższego sprzętu i większej liczby pracowników.

Wzięto pod uwagę, że odwołujący nie przedstawił dowodu na okoliczność, że proponowana przez niego kwalifikacja statystyczna jest prawidłowa. Powołał się w odwołaniu na dwie interpretacje indywidualne organów podatkowych, których jednak nie złożył. Izba nie mogła się więc do nich odnieść.

Tymczasem, jak wynika z wyjaśnień wszystkich pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu ze stawką VAT 23%, możliwe i akceptowane przez organy statystyczne i podatkowe są też inne kwalifikacje statystyczne np. PKWiU 42.21.23.0 „*roboty budowlane związane z budową systemów irygacyjnych (kanałów)*”. Przystępujący Ekomelbud załączył do swych wyjaśnień z 18 czerwca 2020 r. interpretację indywidualną Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z 12 lipca 2016 ITTP1/4512-216/16/BK, w której uznano, że eksploatacja, obsługa i konserwacja urządzeń melioracji wodnych podstawowych wraz z odcinkowym utrzymaniem koryt cieków jest właśnie tak klasyfikowana i objęta stawką VAT 23%.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że przedmiot zamówienia opisany przez zamawiającego stanowi typowy przykład świadczenia złożonego składającego się z kilku pojedynczych świadczeń, przy czym świadczenia te opodatkowane są różnymi stawkami podatku VAT. Ocena skutków podatkowych świadczenia złożonego zależała od ustalenia czy mamy do czynienia z relacją świadczenia głównego i świadczenia pomocniczego, czy też wykonawca realizować będzie w ramach zamówienia kilka odrębnych pod względem ekonomicznym świadczeń. Podkreślenia wymaga, że problem tzw. świadczeń złożonych był przedmiotem analizy zarówno w orzeczeniach sądów krajowych, jak i TSUE. W wyroku z 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd p-ko Commissioners of Custom and Excise, TSUE stwierdził, że w celu ustalenia, dla celów VAT, czy świadczenie usług

obejmujące kilka części składowych należy traktować jako jedno świadczenie, czy też jako dwa lub więcej świadczeń wycenianych odrębnie, należy przede wszystkim wziąć pod uwagę treść przepisu art. 2(1) VI Dyrektywy, zgodnie z którym każde świadczenie usług powinno być traktowane jako odrębne i niezależne oraz fakt, iż świadczenie obejmujące z ekonomicznego punktu widzenia jedną usługę nie powinno być sztucznie dzielone, co mogłoby prowadzić do nieprawidłowości w funkcjonowaniu systemu podatku VAT. Trybunał podkreślał, że pojedyncze świadczenie ma miejsce zwłaszcza wtedy, gdy jedną lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas, gdy inny lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania, co do usługi zasadniczej. 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. Trybunał w orzeczeniu tym podkreślił, że świadczenie usług powinno być zwykle uznawane za odrębne i niezależne a świadczenie złożone w aspekcie gospodarczym nie powinno być sztucznie rozdzielane, by nie pogarszać funkcjonalności systemu VAT.

Natomiast w wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04 *Levob Verzekeringen BV, OV Bank NV p-ko Staatssecretaris van Financiën*, TSUE wskazał, że art. 2 (1) VI Dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że (...) jeżeli dwa lub więcej niż dwa świadczenia (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 jednolite świadczenie do celów stosowania podatku od wartości dodanej (...).

Nie było sporne między stronami, że w analizowanej sprawie mamy do czynienia z tzw. świadczeniem kompleksowym i że sztuczne byłoby oddzielanie robót ziemnych polegających na udrażnianiu, odmulaniu rowów i wywożeniu namulów od usługi wykaszania i grabienia skarp tych samych rowów.

Wobec powyższego za prawidłowe należało uznać działania obu przystępujących, jak również zresztą 4 pozostałych wykonawców, którzy przyjęli jednolitą stawkę podatku VAT 23% jako stawkę dla świadczenia kompleksowego gdzie dominują takie właśnie roboty. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zatem nie znalazł potwierdzenia.

Zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego *Ekemelbud* z powodu niewykazania przez tego wykonawcę, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

Zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, *W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:*

*1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;*

*2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.*

*Stosownie do art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.*

*W myśl art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

*Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Izba stwierdziła, że cena oferty przystępującego Ekomelbud (87.753,12 zł brutto) odbiegała o ponadto 30% od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek VAT. Zamawiający przyznał powyższe na rozprawie. W tej sytuacji zamawiający, zgodnie z art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, miał nie tylko prawo ale i obowiązek wezwać wykonawcę Ekomelbud do złożenia wyjaśnień co do wyliczenia ceny oraz złożenia stosownych dowodów. Realizując normę wynikającą z ww. przepisu zamawiający skierował do przystępującego Ekomelbud wezwanie do złożenia wyjaśnień w piśmie z dnia 17 czerwca 2020 r.

Jak wynika z treści art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, polski ustawodawca przesądził, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp, ma obowiązek udowodnić zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Z przepisu tego wynika zatem domniemanie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zaoferował cenę rażąco niską. Wyjaśnienia i dowody na ich poparcie składane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie muszą zaś obalić owo domniemanie. Nie ulega również wątpliwości, że owo udowodnienie realności ceny powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym.

W analizowanej sprawie Izba stwierdziła, że przystępujący Ekomelbud nie sprostął wynikającemu z przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp ciężarowi wykazania, że jego cena nie jest rażąco niska. Zdaniem Izby wyjaśnienia przedstawione przez przystępującego w piśmie z 19 czerwca 2020 r. (doręczonym zamawiającemu 22 czerwca 2020 r.) okazały się ogólne, lakoniczne i gołosłowne.

W początkowej części wyjaśnień, przystępujący Ekomelbud ujawnił jedynie hasłowo, że posiadany przez niego park maszynowy został powiększony od czasu usługi wykonywanej przez niego poprzednio i składa się z kategorii urządzeń jak kosiarki, kosy, mulcher, koparki, minikoparki, samochody dostawcze. Odnosząc się do tego rodzaju oświadczenia, należało stwierdzić, że w oparciu o nie nie można było wnioskować o jaką liczbę maszyn chodzi, gdyż wymieniono tylko ich rodzaje. Ponadto wykonawca na poparcie swych twierdzeń nie przedstawił żadnych dowodów.

Następnie przystępujący Ekomelbud oświadczył jedynie, że masa zielona zostanie skompostowana na potrzeby gospodarstwa rolnego. Na tę okoliczność nie przedstawiono również żadnego dowodu, np. jakieś umowy, czy oferty.

Wreszcie wykonawca ujawnił stawkę jednostkową koszenia ręcznego i mechanicznego. Nie wiadomo, na podstawie jakich założeń taką stawkę przyjęto. Na poparcie nieujawnionych założeń nie złożono dowodów.

Kolejno przystępujący złożył ogólne zapewnienie o posiadanym wieloletnim doświadczeniu i należyтым skalkulowania ceny z marginesem uniemożliwiającym poniesienie strat. Nie wskazał jednak jaki zysk oszacował, ani nie ujawnił wyliczeń.

Przystępujący Ekomelbud tym samym nie sprostął obowiązkowi zastosowania się do wezwania zamawiającego z 17 czerwca 2020 r. Dostrzeżenia wymagało, że w wezwaniu tym zamawiający wyraźnie prosił wykonawcę o udzielenia wyjaśnień i złożenie dowodów dotyczących wyliczenia nie tylko ceny, ale także wszystkich jej składowych. Co więcej przystępujący nie ustosunkował się nawet do prośby zamawiającego o szczególne potraktowanie w wyjaśnieniach niektórych grup kosztów. Zamawiający w swym wezwaniu podkreślił bowiem konieczność wyjaśnienia i udowodnienia kosztów transportu i utylizacji odpadów, a także kosztów wynikających z przepisów prawa pracy i ubezpieczeń społecznych. W odniesieniu do tej ostatniej grupy kosztów podkreślenia wymagało, że wskutek milczenia wykonawcy nie wiadomo jakie koszty pracy założono i jakie przyjęto stawki wynagrodzenia. Wykonawca wprawdzie wskazał w ofercie, że dysponuje 5 osobami, ale nie wiadomo czy to wszystkie osoby, które będą wykonywały zamówienie, a przede wszystkim nie wiadomo, jakie koszty ich wynagrodzenia założono.

Zamawiający nie może – celem usprawiedliwienia braków wyjaśnień - powoływać na informacje znajdujące się w kosztorysie załączonym do oferty. Uszło uwadze

zamawiającego, że kosztorys złożony przez przystępującego Ekomelbud obejmował jedynie pozycje scalone.

Zamawiający nie może usprawiedliwiać braków wyjaśnień argumentując w trakcie rozprawy, że przystępujący Ekomelbud 2 lata temu za zbliżoną kwotę wykonał należycie zamówienie. Nieskuteczne jest także odnoszenie się do cen ofert zaproponowanych przez innych wykonawców w postępowaniu.

Stanowisko zamawiającego abstrahowało od przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, który nakazuje zamawiającemu oceniać realność badanej ceny na podstawie wyjaśnień i dowodów składanych przez wykonawcę. Analiza tych dokumentów powinna odpowiadać na pytanie, czy obalono domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej. Przeciwnie postępowanie zamawiającego narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę przejrzystości postępowania. Nasuwa się bowiem pytanie, w jaki sposób konkurenci zamawiającego będą postrzegać czynności zamawiającego polegające na ocenie realności ceny przystępującego Ekomelbud, jeśli podejmowane są na podstawie nieznanymi im faktów, oderwanych od kalkulacji i wyjaśnień wykonawcy.

Owszem, oceniając wyjaśnienia wykonawcy zamawiający jest uprawniony i zobligowany odwoływać się do swej wiedzy i doświadczenia. Przykładanie tej wiedzy i doświadczenia musi jednak się odnosić do złożonych wyjaśnień i dowodów, a nie sprowadzać się do ich zastępowania. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma charakter formalny. Formalizm sam z siebie nie jest celem postępowania. Jednakże jest on istotny bo tylko rzetelne przeprowadzanie procedury umożliwi dokonanie prawidłowego wyboru. Formalizm gwarantuje także przejrzystość i równość działań zamawiającego w stosunku do innych wykonawców, którzy mają prawo oczekiwać, że biorą udział w przejrzystej, opartej na prawie procedurze. Nie bez przyczyny przepisy o przejrzystości postępowania i równym traktowaniu wykonawców podniesione zostały do rangi zasad, co wynika z umiejscowienia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w dziale I rozdział 2 ustawy „Zasady udzielania zamówień”.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w z art. 90 ust 3 ustawy Pzp okazał się zatem zasadny.

Zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego Ekomelbud z postępowania z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w 9.1. 2 1) SIWZ.

Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.*

Zgodnie z warunkiem z pkt 9.1.2.1) SIWZ, zamawiający wymagał, aby wykonawca ubiegający się o zamówienie posiadał „wpis do rejestru BDO, zgodnie z art. 50 ust. 1 pkt 5 lit.

e ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 797 ze zm.)". Zamawiający wskazał także w pkt 10.2. 2. 1) SIWZ, że w celu potwierdzenia tego warunku wykonawca zobowiązany będzie do złożenia na wezwanie zamawiającego „wpisu do rejestru BDO, zgodnie z art. 50 ust. 1 pkt 5 lit. e ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 797 ze zm.).

Przepis art. 50 ust. 1 pkt 5 lit. e ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 797 ze zm.) stanowi, że *Marszałek województwa dokonuje wpisu do rejestru na wniosek wytwórców odpadów obowiązanych do prowadzenia ewidencji odpadów, w wyłączeniu posiadaczy odpadów wymienionych w art. 51 ust. 1 pkt 1 i 2.*

Nie było sporne między stronami, że po wezwaniu przystępującego Ekomelbud do złożenia wpisu do rejestru BDO, skierowanym w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca nie przedstawił zamawiającego żądanego dokumentu. Wykonawca w dniu 2 lipca 2020 r. złożył zamawiającemu oświadczenie, że nie prowadzi ewidencji odpadów w związku z tym nie posiada wpisu w rejestrze BDO.

Analiza treści warunku prowadziła do wniosku, że zamawiający wymagał od wykonawców złożenia wpisu do rejestru BDO zgodnie z art. 50 ust. 1 pkt 5 lit. e ustawy o odpadach. Przyjmując nawet najbardziej korzystne dla wykonawcy Ekomelbud rozumienie spornego warunku, jakie można wywieść z zasady względnego tłumaczenia niejasnych postanowień SIWZ na korzyść wykonawcy, warunek nie został wykazany.

Istota względnego rozumienia warunku została zaprezentowana przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie z 5 sierpnia 2020 r. Sprowadzała się do tego, że skoro w świetle art. 50 ust. 1 pkt 5 lit. e ustawy o odpadach nie wszyscy wytwórcy mają obowiązek wpisu do rejestru BDO, to tacy wykonawcy nie musieli składać spornego dokumentu. Zamawiający swój wywód oparł na literalnej analizie warunku akcentując, że użyto tam słowa „zgodnie z art. 50 ust. 1 pkt 5 lit. e”, a nie np. „o którym”.

Jednakże zamawiający nie miał podstaw do uznania, że nawet tak rozumiany warunek jest wykazany w świetle oświadczenia przystępującego Ekomelbud z 2 lipca 2020 r. Dostrzeżenia wymagało, że wykonawca nie złożył oświadczenia, że nie jest zobowiązany do prowadzenia ewidencji odpadów, co jest rzeczywiście przesłanką zwolnienia z obowiązku wpisu do rejestru, o którym mowa w art. 50 ust. 1 pkt 5 lit. e ustawy o odpadach. Przystępujący Ekomelbud złożył jedynie oświadczenie, że takiej ewidencji nie prowadzi. Nie jest to tożsame z brakiem obowiązku prowadzenia ewidencji.

Zamawiający w trakcie rozprawy wyjaśniał wprawdzie, że jest mu znane na podstawie wcześniej realizowanej umowy, iż przystępujący Ekomelbud nie ma obowiązku wpisu do rejestru BDO. Taka argumentacja ponownie oznaczała de facto próbę zastępowania oświadczeń i dokumentów wymaganych celem wykazania warunku, które wykonawca miał obowiązek złożyć, bliżej nieznaną wiedzą zamawiającego. Praktyka taka jest



niedopuszczalna, z przyczyn wskazanych już wcześniej. Zgodnie z ustawą Pzp, a także z zapisami SIWZ sporządzonymi przez samego zamawiającego, zamawiający ocenia spełnianie warunku udziału w postępowaniu na podstawie oświadczeń i dokumentów składanych przez wykonawcę.

Dostrzeżenia wymagało, że w drugiej części rozprawy zamawiający wycofał się ze swego stanowiska przyznając, że 2 lata temu nie istniał jeszcze obowiązek wpisu do rejestru BDO. W związku z tym nie wiadomo, na jakiej podstawie zamawiający uznał przedmiotowe oświadczenie za potwierdzające spełnienie warunku, skoro nie odnosiło się ono do ustawowej przesłanki zwolnienia z obowiązku wpisu do rejestru BDO, wynikającej z art. 50 ust. 1 pkt 5 lit. e ustawy o odpadach.

W tej sytuacji wobec niewykazania warunku udziału w postępowaniu zamawiający zobowiązany był wykluczyć przystępującego Ekomelbud z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Wprawdzie przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania*, jednakże nie znajduje on w tej sprawie zastosowania. Z przepisu tego wynika, że - co do zasady - w razie niezłożenia dokumentów na potwierdzenie warunku, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę o ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jednakże w analizowanej sprawie skorzystanie z dobrodziejstwa tego przepisu w odniesieniu do przystępującego Ekomelbud nie było możliwe. Jak bowiem wynikało z przebiegu rozprawy, oferta ww. wykonawcy podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 i 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odpowiednich części odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w

innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 i 2 sentencji) i formalnym (pkt 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp miały wpływ na wynik postępowania. Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę, która podlegała odrzuceniu i pochodziła od wykonawcy, który podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu. W pozostałej części nie stwierdzono żadnych naruszeń ustawy Pzp. Zatem odwołanie w tym zakresie musiało podlegać oddaleniu.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego*. W konsekwencji Izba, wobec częściowego uwzględnienia odwołania, nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym odrzucenie oferty przystępującego Ekomelbud na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z powodu niewykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, oraz wykluczenie ww. wykonawcy z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w 9.1.1. pkt 2. 1) SIWZ.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Odnosnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji. Jednocześnie jednak informacja o częściowym oddaleniu odwołania musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten, wypowiadając się o praktyce Izby oddalania części zarzutów odwołania w uzasadnieniu,

jednoznacznie uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 830/18 i postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 października 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 1123/18. W tym ostatnim postanowieniu Sąd Okręgowy wskazał, co następuje: *„Nie budziło zatem wątpliwości, że odwołanie zostało uwzględnione jak i oddalone w równych (co do ilości zarzutów) częściach, w tym uwzględnione co do obu zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, co do której to czynności został wniesiony sprzeciw. Odwołujący R. S. i wnoszący sprzeciw przystępujący Wykonawca TPF Sp. z o. o. wygrali zatem i jednocześnie przegrali w połowie.*

Sąd Okręgowy przychylił się do zarzutu skargi na wyrok KIO i głównej tezy jej uzasadnienia, zgodnie z którą *wynik sprawy winien być badany w odniesieniu do ilości*

*uwzględnionych i oddalonych zarzutów. Na przyjęcie takiego stanowiska, w ocenie Sądu Okręgowego, pozwala przepis 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, zgodnie z brzmieniem którego w przypadkach nieuregulowanych w 5 ust. 1-3 Izba powinna orzec o kosztach postępowania uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Jednocześnie zauważyć należało, że żaden przepis nie reguluje wprost sytuacji, w której odwołanie odwołującego lub wnoszącego sprzeciw zostało uwzględnione dokładnie w połowie. Przepisy § 5 ust. 2 jak i ust. 3 rozporządzenia dotyczą bowiem uwzględnienia lub oddalenia odwołania w całości, a zatem nie mogły stanowić oparcia dla rozstrzygnięcia o kosztach niniejszego postępowania.*

*W tym stanie rzeczy koszty postępowania należało rozliczyć proporcjonalnie do wyniku postępowania wywołanego odwołaniem wniesionym przez Odwołującego R. S. . Takie rozwiązanie jest zgodne z art. 192 ust. 10 pzp ustanawiającym zasadę orzekania stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.”.*

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – w zakresie merytorycznym częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Izba stwierdziła, że zasadne okazały się zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia przystępującego Ekomelbud i zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zaś za chybione należało uznać zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty przystępującego Ekomelbud i MKL-Bud na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Odwołanie okazało się zasadne zatem w stosunku 2/3 i chybione w części 1/3. Kosztami postępowania w części 2/3 obciążono zamawiającego, a w części 1/3 - odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 7.500 zł. Nie zaliczono w poczet kosztów postępowania odwoławczego wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą. Jak wynika z § 3 pkt 2 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 (t. jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), warunkiem zasadzenia zwrotu ww. kosztu jest złożenie rachunku do akt sprawy.

Przedstawiony Izbie rachunek odnosił się do usługi prawnej wykonywanej przez kancelarię pełnomocnika zamawiającego na rzecz zamawiającego w lipcu 2020 r., podczas gdy pełnomocnik reprezentował zamawiającego na rozprawie przed Izbą w dniu 6 sierpnia 2020 r. Ponadto rachunek nie odnosił się do wynagrodzenia przed Izbą, ale do ryczałtowego wynagrodzenia za obsługę prawną zamawiającego w miesiącu lipcu 2020 r. W tej sytuacji

koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego nie zaliczono do kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 7.500 zł, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 2.500 zł (7.500 zł x 1/3). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 5.000 zł (7.500,00 – 2.500,00), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 2 pkt 1, § 5 ust. 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t. jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....