

Sygn. akt: KIO 2233/13  
KIO 2234/13

**WYROK**  
z dnia 3 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 października 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 18 września 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne "TRAKT" B., T. spółka jawna, Eden Projektowanie i Urządzanie Terenów Zielonych Małgorzata R., ul. Woźniaków 110, 99-300 Kutno**

B. w dniu 18 września 2013 r. przez wykonawcę **PHU GITPOL Gabriela K., ul. Nowomiejska 9, 96-100 Skierniewice**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Kutno, Pl. Marsz. J. Piłsudskiego 18, 99-300 Kutno,**

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **T. Centrum Ogrodnicze Andrzej T., Budownictwo Drogowe KRUG sp. z o.o. sp. k., ul. Przedwiośnie 29, 91-490 Łódź** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2233/13 i KIO 2234/13 po stronie zamawiającego,

B. wykonawcy **PHU GITPOL Gabriela K., ul. Nowomiejska 9, 96-100 Skierniewice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2233/13 po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. Oddala oba odwołania.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne "TRAKT" B., T. spółka jawna, Eden Projektowanie i Urządzanie Terenów Zielonych Małgorzata R., ul. Woźniaków 110, 99-300 Kutno** i wykonawcę **PHU GITPOL Gabriela K., ul. Nowomiejska 9, 96-100 Skierniewice** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne "TRAKT" B., T. spółka jawna, Eden Projektowanie i Urządzanie Terenów Zielonych Małgorzata R., ul. Woźniaków 110, 99-300 Kutno** i wykonawcę **PHU GITPOL Gabriela K., ul. Nowomiejska 9, 96-100 Skierniewice** tytułem wpisów od odwołań,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne "TRAKT" B., T. spółka jawna, Eden Projektowanie i Urządzanie Terenów Zielonych Małgorzata R., ul. Woźniaków 110, 99-300 Kutno** i wykonawcy **PHU GITPOL Gabriela K., ul. Nowomiejska 9, 96-100 Skierniewice** na rzecz **Miasta Kutna, Pl. Marsz. J. Piłsudskiego 18, 99-300 Kutno** kwotę **7 200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, w tym kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne "TRAKT" B., T. spółka jawna, Eden Projektowanie i Urządzanie Terenów Zielonych Małgorzata R., ul. Woźniaków 110, 99-300 Kutno** oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy **PHU GITPOL Gabriela K., ul. Nowomiejska 9, 96-100 Skierniewice**.

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

Przewodniczący: .....

## UZASADNIENIE

**Sygn. akt: KIO 2233/13**

Zamawiający Miasto Kutno prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane polegające na „wykonaniu prac rewaloryzacyjnych w zabytkowym parku im. Wiosny Ludów w Kutnie”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 14 sierpnia 2013 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 330422-2013. Odwołujący Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne „TRAKT” B., T. spółka jawna, Eden Projektowanie i Urządzanie Terenów Zielonych Małgorzata R. zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego się za rzekomy błąd w obliczeniu ceny oferty oraz zaniechanie odrzucenia wybranej oferty za błąd w obliczeniu ceny; za treść nie odpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w związku z udzieleniem wyjaśnień prowadzących do istotnej zmiany i uzupełnienia treści wybranej oferty - z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 1 i art. 9 ust. 1 pzp; art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp przez wykluczenie Odwołującego się z postępowania za rzekome niespełnienie warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia, mimo że z dołączonych do oferty dokumentów bezspornie wynika spełnienie tych warunków; art. 7 ust. 1 pzp przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego się oraz jego wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia; unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum z liderem T. Centrum Ogrodnicze Andrzej T.; odrzucenie wybranej oferty konsorcjum z liderem T. za błąd w obliczeniu ceny oferty; powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych z udziałem oferty Odwołującego się i wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego się za błąd w obliczeniu ceny oferty

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego się. W uzasadnieniu odrzucenia oferty stwierdził między innymi, że przedmiotem zamówienia są prace budowlane i prace związane z zagospodarowaniem terenów zielonych, z zakresu których wyodrębniono całkowicie samodzielne części przedmiotowego zamówienia, takie jak: droga i oświetlenie, monitoring, przyłącze wodno-kanalizacyjne do toalet, toaleta automatyczna, a także wycinka i pielęgnacja drzew, zieleń i mała architektura. Zamawiający powołał się również na odrębne decyzje Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków zatwierdzające pod względem konserwatorskim projekty dotyczące rewitalizacji parku, którego dotyczą zamówione roboty. Z tych faktów wywiódł wniosek o podzielności przedmiotu zamówienia i konieczności zastosowania odrębnych stawek podatku od towarów i usług na roboty budowlane i roboty

związane z urządzeniem zieleni.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego. Wskazał, że o podzielności przedmiotu zamówienia można mówić wtedy, gdy przedmiot ten może być wykonany częściami bez istotnej zmiany przedmiotu lub wartości - art. 379 § 2 k.c. Przedmiot zamówienia jest podzielny, gdy jego wykonanie w częściach nie prowadzi do istotnej zmiany łącznego wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych części względem wynagrodzenia, które wykonawca uzyska za kompleksowe wykonanie całego zamówienia. Jest to możliwe tylko wtedy, gdy poszczególne części nie są ze sobą powiązane ani funkcjonalnie, ani technologicznie albo też gdy łączne lub odrębne wykonywanie poszczególnych robót nie prowadzi do istotnych zmian w ich organizacji.

Największą część zakresu przedmiotu zamówienia stanowią drogowe roboty budowlane.

Odwołujący wskazywał, że zgodnie z art. 34 ust. 3 ustawy - Prawo budowlane projekt budowlany powinien zawierać między innymi: projekt zagospodarowania działki lub terenu, sporządzony na aktualnej mapie, obejmujący: określenie granic działki lub terenu, usytuowanie, obrys i układy istniejących i projektowanych obiektów budowlanych, sieci uzbrojenia terenu, sposób odprowadzania lub oczyszczania ścieków, układ komunikacyjny i układ zieleni, ze wskazaniem charakterystycznych elementów, wymiarów, rzędnych i wzajemnych odległości obiektów, w nawiązaniu do istniejącej i projektowanej zabudowy terenów sąsiednich.

W ramach czynności przygotowawczych wykonawca jest zobowiązany - zgodnie z projektem - dokonać wycinki drzew i krzewów kolidujących z zamierzonymi robotami budowlanymi, a w ramach czynności związanych z ukończeniem robót budowlanych - doprowadzić do należytego stanu i porządku teren budowy, w tym urządzić zieleń zgodnie z projektem zagospodarowania działki lub terenu.

Zdaniem Odwołującego, zaprojektowane roboty budowlane i prace w zakresie zagospodarowania zieleni są ze sobą powiązane technologicznie. Robót budowlanych nie da się wykonać bez przygotowania terenu budowy, w ramach którego wykonawca jest obowiązany wyciąć określone w pozwoleniu o wycince drzewa i krzewy (art. 41 ustawy - Prawo budowlane), tak jak nie da się urządzić trawników i dokonać nasadzeń na terenie alejek podlegających rozbiórce, z pominięciem ustawowego obowiązku doprowadzenia terenu ukończonej budowy do stanu nadającego się do użytkowania (art. 57 ustawy - Prawo budowlane).

Odwołujący argumentował również, że fakt wyodrębnienia kosztorysów branżowych nie świadczy o podzielności świadczenia. Sporządzony projekt stanowi integralną całość, a wyodrębnienie w nim przedmiarów lub projektów branżowych, które są ze sobą wzajemnie powiązane, nie jest jakimkolwiek dowodem podzielności świadczenia.

Odwołujący wskazywał, że zgodnie z art. 379 § 2 k.c. o podzielności świadczenia można

mówić tylko i wyłącznie wtedy, gdy wykonanie przedmiotu zamówienia w częściach nie powoduje jego zmiany albo nie wiąże się z koniecznością poniesienia większych wydatków. Zdaniem Odwołującego, analiza dokumentacji projektowej opisującej przedmiot zamówienia prowadzi do wniosku, że technologicznie niewykonalne są roboty budowlane kolidujące z istniejącymi elementami układu zieleni jak i roboty dotyczące nowych nasadzeń lub nowych trawników, do których wykonania trzeba by skorzystać, w przypadku podzielenia świadczenia, ze świeżo wykonanych obiektów budowlanych, narażonych w związku z tym na zniszczenie. Podobnie jest w przypadku robót budowlanych, do których dostęp jest możliwy od strony istniejącego terenu zielonego z koniecznością jego dewastacji i odnowienia. Skutkiem tak zaplanowanego świadczenia byłoby więc istotne i nieracjonalne zwiększenie jego wartości. W szczególności z analizy kosztorysu drogowego wynika, iż nie jest możliwe: urządzenie zieleni obejmujące trawniki i nowe nasadzenia na miejscu rozebranych starych alejek; wykonanie robót drogowych na terenie, na którym uprzednio wykonano zieleń, ponieważ konieczność przewiezienia materiałów budowlanych niechybnie spowoduje zniszczenie robót dotyczących zieleni; wykorzystanie alejek do wykonania robót w zakresie zieleni wymagających przewiezienia dużych ilości ziemi ogrodniczej bez ryzyka kompletnej dewastacji tych alejek, jako nieprzystosowanych do przenoszenia obciążeń powodowanych przez pojazdy i maszyny robocze. Tym samym wyczerpana jest przesłanka stosowania jednolitej stawki podatku VAT, właściwej dla zasadniczego przedmiotu zamówienia - drogowych robót budowlanych w przestrzeni publicznej. Nadto Odwołujący wskazał, że elementy małej architektury nie są elementami składowymi w zakresie robót dotyczących zieleni.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp przez wykluczenie Odwołującego z postępowania za brak wymaganej wiedzy i doświadczenia

W uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego się z postępowania Zamawiający stwierdził między innymi, że z informacji powziętych od innych podmiotów wynika, iż zakres wykazanych robót obejmował także wykonanie obiektów sportowych. Powołując się na literalne brzmienie warunku wiedzy i doświadczenia sformułowanego w pkt 8.1 lit. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający uznał, że wykazane zamówienie nie odpowiada jego wymaganiom. Zamawiający powołał się ponadto na treść ogłoszenia nr 372446-2009 z 26 października 2009 r. o udzieleniu wykazanego zamówienia publicznego, z którego wynikało, że cena wybranej wynosiła 994.938,79 zł. Odwołujący podniósł, że Zamawiający pominął treść dołączonej do wykazu referencji wydanej przez ówczesnego zamawiającego, która potwierdza kwotę wykonanych robót podaną w wykazie. Odwołujący uznał stanowisko Zamawiającego za niewłaściwe. W pkt 8.1. siwz napisano, że o zamówienie publiczne mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają wiedzę i

doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia. Zamawiający uzna warunek wiedzy i doświadczenia za spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a w przypadku wykonawców działających krócej - w tym okresie - wykonał należycie co najmniej: jedno zadanie inwestycyjne polegające na konserwacji lub restauracji parków lub innego rodzaju zorganizowanej zieleni o wartości minimum 1.200.000 zł brutto; jedno zadanie inwestycyjne polegające na konserwacji lub przebudowie dróg lub placów lub alejek parkowych lub ciągów pieszo-jezdnych wraz z oświetleniem o wartości minimum 1.700.000 zł brutto.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający nie zastosował żadnych ograniczeń w warunku wiedzy i doświadczenia zawartego w lit. a), które na przykład zawęziłyby kategorię obiektów parkowych wyłącznie do parków pozbawionych jakichkolwiek funkcji rekreacyjnych i/lub sportowych, jak również nie określił, że wymagana w warunku kwota winna odnosić się wyłącznie do prac związanych z zielenią, jako prac głównych. Do warunku ujętego w pkt 8.1. lit. a) odnoszą się roboty w zakresie kształtowania parków (urządzenia ich zgodnie z zamiarem zamawiającego wyrażonym w formie projektu lub programu funkcjonalno-użytkowego) i roboty renowacyjne (polegające na odnowieniu istniejącego stanu).

Odwołujący argumentował, że rewaloryzacja (przywrócenie dawnej wartości i dawnego wyglądu) zabytkowego parku w Czerniewicach, obejmująca urządzenie w nim kortu tenisowego (co świadczy o przypisaniu temu parkowi również funkcji sportowo-rekreacyjnych), ściśle odpowiada: zarówno 1) robotom w zakresie kształtowania parków jak i 2) robotom renowacyjnym w znaczeniu wynikającym ze Słownika Języka Polskiego, jak również określeniom zastosowanym w pkt 8.1 siwz lit. a) warunku wiedzy i doświadczenia, to jest: konserwacji parków lub innego rodzaju zorganizowanej zieleni albo, restauracji (odnowieniu) parków lub innego rodzaju zorganizowanej zieleni.

W konsekwencji Odwołujący uznał, że wykazana robota w pełni odpowiada warunkowi wiedzy i doświadczenia sformułowanemu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 pzp przez zaniechanie odrzucenia wybranej oferty za: błąd w obliczeniu ceny; za treść nie odpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w związku z udzieleniem wyjaśnień prowadzących do istotnej zmiany i uzupełnienia treści wybranej oferty - z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 87 ust. 1 i art. 9 ust. 1 pzp.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający określił charakter wynagrodzenia umownego jako ryczałtowy, wskazując w sposobie obliczenia ceny (pkt 16 siwz), iż podstawą jej obliczenia jest dokumentacja projektowa i specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót. W pkt 16.6 siwz Zamawiający podkreślił pomocniczy charakter przedmiaru robót, a także to, iż kosztorys będzie wymagany od wykonawcy na etapie podpisania umowy w sprawie

zamówienia publicznego. W pkt 16.5 siwz Zamawiający zobowiązał się w ślad za art. 91 ust. 3a ustawy - Prawo zamówień publicznych do skorygowania ceny oferty wykonawcy zagranicznego przez doliczenie podatku od towarów i usług zgodnie z obowiązującymi przepisami. W formularzu ofertowym i we wzorze umowy Zamawiający przewidział konieczność wpisania obowiązującej stawki podatku od towarów i usług.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z ustawą o podatku od towarów i usług podatek ten może być naliczany z zastosowaniem stawek: podstawowej 23 %, w szczególnych przypadkach stawek: 0%, 5% i 8%. Ustawa o podatku od towarów i usług nie przewiduje stosowania stawek o innych wartościach niż wynikające z ustawy, to jest: 0%, 5%, 8% i 23%. W ustawie tej w szczególności nie wymieniono stawki ułamkowej 8/23%. Z uwagi na art. 9 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych strony postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obowiązuje tryb pisemny, a zatem wpisanie przez wykonawcę do formularza ofertowego w pozycji nr 1 dotyczącej ceny oferty treści w brzmieniu „w tym VAT 8/23%” należy traktować - w myśl art. 66 k.c. - jako oświadczenie woli o zamiarze zawarcia umowy z ceną ofertową zawierającą podatek VAT o ułamkowej stawce 8/23%, nieznaney w przepisach ustawy o podatku od towarów i usług. Zamawiający wystąpił do wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 pzp o wyjaśnienie treści oferty. Otrzymał odpowiedź, która zdaniem Odwołującego, stanowiła rozszerzenie treści złożonej oferty. W szczególności wykonawca rozszerzył treść własnej oferty przez określenie zakresu świadczenia objętego stawką podatku od towarów i usług w wysokości 23 % i zakresu świadczenia objętego stawką 8 %. Odwołujący wskazał, że w wyjaśnieniach wybranego wykonawcy pojawiło się oświadczenie, iż stawkę 8 % zastosował nie tylko do robót dotyczących zieleni, lecz także do obiektów małej architektury, które zgodnie z art. 3 pkt 4 ustawy - Prawo budowlane są zaliczane do obiektów budowlanych a nie do elementów robót ogrodnich. Zaniechanie opracowania tej części oferty i próba uzupełnienia tego braku w drodze udzielenia wyjaśnień stanowi, zdaniem Odwołującego, naruszenie zakazu wynikającego z art. 87 ust. 1 pzp przez rozszerzenie treści złożonej oferty - niezależnie od faktu, że podzielność przedmiotu zamówienia jest pozorna - patrz pkt 3 uzasadnienia.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 pzp

W ocenie Odwołującego, odrzucenie prawidłowej oferty wykonawcy niesłusznie wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi rażące naruszenie zasad równego/traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie (sygn. KIO 2233/13). Wniósł o odrzucenie odwołania w całości bądź alternatywnie o oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutów odrzucenia oferty oraz wykluczenia Odwołującego.

Wskazał, że dokonując opisu przedmiotu zamówienia wskazał nomenklaturę wynikającą ze Wspólnego Słownika Zamówień (CPV): 45112711-2 - roboty w zakresie kształtowania parków, 45453100-8 - roboty renowacyjne, roboty budowlane w zakresie dróg pieszych, 45316110-9 - instalowanie urządzeń oświetlenia drogowego, -45215500-2 - toalety publiczne, 35125300-2 - kamery bezpieczeństwa. Ponadto Zamawiający wskazał następujące okoliczności: W pkt. 16 siwz - opis sposobu obliczenia ceny Zamawiający wskazał, że cenę należy podać w formie ryczałtu, gdzie podstawę do określenia ceny ryczałtowej stanowi bezpośrednio dokumentacja projektowa oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych. Ponadto - cena za przedmiot zamówienia uwzględnia wszystkie zakresy robót wynikające z dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, natomiast cenę ryczałtową obliczoną według powyższych zasad Wykonawca wpisuje do formularza „Oferta Wykonawcy”. Zamawiający dołączył do siwz przedmiar robót (płyta CD) jako element pomocniczy do sporządzenia kosztorysu, natomiast kosztorys stanowi zestawienie elementów poddanych wycenie, jest on wymagany od Wykonawcy, z którym Zamawiający podpisze umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający podkreślał, że nadał jedną wspólną nazwę dla przedmiotowego postępowania „Wykonanie prac rewaloryzacyjnych w zabytkowym parku im. Wiosny Ludów w Kutnie”, jednak w dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, w tym również w kosztorysach nakładczych Zamawiający wyodrębnił całkowicie samodzielne części przedmiotowego zamówienia: droga i oświetlenie, monitoring, przyłącze wod-kan do toalet, toaleta automatyczna, wycinka i pielęgnacja drzew, zieleń i mała architektura.

Nadto Zamawiający wskazał, że Łódzki Wojewódzki Konserwator Zabytków wydał odrębne postanowienia zatwierdzające pod względem konserwatorskim projekty dot. rewitalizacji zabytkowego parku im. Wiosny Ludów w Kutnie dla: części I: inwentaryzacji drzewostanu parku, części II: ekspertyzy dendrologicznej i gospodarki drzewostanem oraz części III: koncepcji zagospodarowania i projektu technicznego zieleni z elementami małej architektury -postanowienie z dnia 30 października 2012 r. oraz postanowienie z dnia 14 września 2012 r. w zakresie placu zabaw, typowej automatycznej toalety publicznej, przyłącza wodociągowego i kanalizacji sanitarnej do typowej automatycznej toalety publicznej oraz rewitalizacji parku w zakresie wykonania: oświetlenia parku, przebudowy alejek parkowych (...).

Z przytoczonych zapisów, zdaniem Zamawiającego wynika, że przedmiotem zamówienia są prace budowlane oraz prace związane z zagospodarowaniem terenów zielonych. W ocenie Zamawiającego nie sposób uznać, że Zamawiający potraktował przedmiot zamówienia jako



świadczenie kompleksowe, dla którego oczekiwano jednej stawki podatku od towarów i usług (VAT). Zamawiający podkreślił, że w treści SIWZ nie wskazał, jaką stawkę podatku VAT Wykonawcy winni zastosować przy obliczeniu ceny ryczałtowej.

Zamawiający podkreślił, że zgodnie z utrwalonym piśmiennictwem oraz orzecznictwem KIO - świadczenie kompleksowe występuje wówczas, gdy poszczególne czynności (wyodrębnione elementy zamówienia publicznego) składające się na świadczenie kompleksowe są ze sobą związane tak ściśle, że ich wyodrębnienie i samodzielne wykonanie, nie jest możliwe.

Zdaniem Zamawiającego, definicja ta nie znajduje zastosowania w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Nie sposób uznać, iż wycinka i pielęgnacja drzew (która może odbyć się jedynie w okresie pozalęgowym ptactwa) nie może być wykonana bez wykonania alejek parkowych czy monitoringu. Istnieje podział przedmiotowego zamówienia na roboty budowlane oraz na prace związane z zagospodarowaniem terenów zielonych.

Zamawiający zwrócił uwagę, że polskie przepisy o podatku od towarów i usług (VAT) nie dają jednoznacznej wskazówki, w jaki sposób powinno zostać opodatkowane świadczenie składające się z kilku elementów. Zagadnienie to nie jest również wprost rozstrzygnięte na gruncie przepisów wspólnotowych. Nie ma określonych normatywnie kryteriów kwalifikujących dane świadczenie jako złożone. Koncepcja świadczeń złożonych (kompleksowych) została wypracowana na gruncie orzecznictwa, które opiera się jedynie na bardzo ogólnych definicjach dostawy i świadczenia usług, a w pozostałym zakresie bazuje na pewnym, wywodzonym ze względów systemowych, podejściu do tego zagadnienia, mającym zagwarantować funkcjonalność systemu podatku od towarów i usług (VAT) oraz zachowanie jego związku z realnymi zjawiskami ekonomicznymi.

W przypadku świadczeń złożonych należy ustalić, czy świadczenia te powinny być traktowane jednolicie na gruncie przepisów o podatku od towarów i usług (VAT), czy też należy je rozdzielić i każde świadczenie z osobną opodatkować stosownie do przewidzianych dla niego regulacji podatkowych. W orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, że każda sytuacja powinna być analizowana indywidualnie, z uwzględnieniem charakterystycznych i istotnych dla niej elementów, z punktu widzenia rozpatrywania istnienia związku pomiędzy poszczególnymi czynnościami i w tym kontekście ewentualnego traktowania ich, jako jednej gospodarczej całości (jednego świadczenia).

Dla określenia skutków podatkowych transakcji złożonych należy zbadać, czy mamy do czynienia z kompozycją świadczenia głównego - dominującego, wzbogaconą jedynie o świadczenia pomocnicze, czy też dostawca realizuje kilka odrębnych i niezależnych świadczeń.

Świadczenie złożone (kompleksowe) ma miejsce wówczas, gdy relacja poszczególnych czynności (świadczeń) wykonywanych na rzecz jednego nabywcy dzieli je na świadczenie

podstawowe i świadczenia pomocnicze tzn. takie, które umożliwiają skorzystanie (względnie lepsze skorzystanie) ze świadczenia podstawowego (lub są niezbędne dla możliwości skorzystania ze świadczenia podstawowego). Jeżeli jednak świadczenia te można rozdzielić tak, że nie zmieni to ich charakteru ani wartości z punktu widzenia nabywcy, wówczas świadczenia takie powinny być traktowane, jako dwa niezależnie opodatkowane świadczenia.

Wobec powyższego Zamawiający stwierdził, że objęcie wszystkich czynności jednym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego nie może mieć rozstrzygającego znaczenia, gdyż regułą jest, że Zamawiający przedmiot zamówienia ustalają szeroko, jednakże powyższe nie daje podstaw do przyjęcia, że to, co stanowi przedmiot zamówienia stanowi czynność kompleksową i podlega jednolitemu opodatkowaniu stawką VAT.

Zamawiający podkreślił, że w taki sposób opracował treść siwz (opis przedmiotu zamówienia), że nie ma wątpliwości, iż sporne świadczenia mogą być traktowane rozłącznie, bez uszczerbku dla realizacji któregośkolwiek ze świadczeń.

Ustalenie właściwej stawki podatku wymaga w pierwszej kolejności prawidłowego zaklasyfikowania usług do odpowiedniego kodu (grupowania) klasyfikacji PKWiU.

Zamawiający zwrócił uwagę, że, w przedmiotowym postępowaniu przetargowym występuje kilka równorzędnych czynności, które można podzielić na: roboty budowlane, roboty w zakresie instalacji sanitarnych, roboty w zakresie instalacji elektrycznych, wykonanie alejek parkowych, usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni, opodatkowane różnymi - właściwymi dla siebie stawkami podatku VAT. W ocenie Zamawiającego różnorodność usług oraz występowanie kilku równorzędnych czynności powoduje na gruncie przepisów o podatku od towarów i usług, że czynności te należy traktować jako odrębne i niezależne, które winny być opodatkowane właściwą stawką podatku dla danej usługi.

Zamawiający podniósł, że gdy na wybór oferty wpływa wysokość ceny brutto, cenotwórczy charakter podatku VAT wyklucza potraktowanie wskazanej przez wykonawcę błędnej stawki tego podatku jako okoliczności pozbawionej doniosłości prawnej. Jeżeli zamawiający opisując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposób obliczania ceny nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT, wówczas oferta zawierająca stawkę podatku VAT niezgodną o zobowiązującymi przepisami, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy. O porównywalności ofert można bowiem mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł. Oferta zawierająca niezgodną z obowiązującymi przepisami stawkę podatku VAT, wpływającego na wysokość ceny brutto,

zaburza proces porównywania cen i musi być kwalifikowana jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny.

Odnosząc się do czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskazał, iż w przytoczonym powyżej opisie przedmiotu zamówienia oraz wymogach formalnych uczestnictwa w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wskazał w pkt. 8 A.2. siwz, iż żąda od wykonawców, aby wykazali, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali należycie: co najmniej jedno zadanie inwestycyjne polegające na konserwacji lub restauracji parków lub innego rodzaju zorganizowanej zieleni o wartości minimum 1 200 000,00 PLN brutto oraz jedno zadanie inwestycyjne polegające na budowie lub przebudowie dróg lub placów lub alejek parkowych lub ciągów pieszo - jezdnych wraz z oświetleniem o wartości minimum 1 700 000,00 PLN brutto.

W trakcie postępowania przetargowego Zamawiający powziął wiadomość, iż zakres prac zrealizowanych w ramach „Rewaloryzacji parku zabytkowego w Czerniewicach” przez Eden Projektowanie i Urządzanie Terenów Zielonych obejmował swym zakresem budowę kortu tenisowego wraz z budynkiem zaplecza i instalacjami budowlanymi, to jest zakres szerszy niż wykazany w dokumentach załączonych do oferty Konsorcjum.

Zamawiający wezwał Konsorcjum w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień w tym zakresie (pisma z dnia 11 i 13 września 2013r). Ponieważ Zamawiający w wyznaczonym terminie nie uzyskał od Konsorcjum jednoznacznej odpowiedzi, wystąpił w dniu 13 września 2013r do Zamawiającego Gminy Czerniewice ze stosownym zapytaniem. W tym samym dniu Zamawiający otrzymał odpowiedź, na podstawie której ustalił, iż przedmiotowe zamówienie publiczne, przywołane przez Konsorcjum na okoliczność spełnienia wymogu doświadczenia, nie spełniło wymogów postawionych jako warunek formalny uczestnictwa w zakresie doświadczenia, o którym mowa w pkt. 8 A.2. siwz.

Zamawiający nie korzystał z przewidzianego w art. 26 ust. 3 prawa do uzupełnienia dokumentów, gdyż nawet w przypadku prawidłowego wykazania posiadanego doświadczenia oferta Konsorcjum podlega odrzuceniu.

### **Sygn. akt KIO 2234/13**

Odwołujący PHU GITPOL Gabriela K. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum firm: Lider - T. Centrum Ogrodnicze Andrzej T., Budownictwo Drogowe KRUG sp. z o.o. sp. k., zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Konsorcjum do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa

uprawnającego pana Tomasza P., Inżyniera Projektu, do podpisywania dokumentów w imieniu spółki SKANSKA S.A.; zaniechania przez Zamawiającego wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień lub zobowiązania do złożenia odpowiednich dokumentów poświadczających doświadczenie Konsorcjum, zaniechanie przez Zamawiającego wskazania w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, odrzuceniu ofert, wykluczeniu wykonawców oraz terminie podpisania umowy podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 26 ust. 3 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień lub przedstawienia odpowiednich dokumentów potwierdzających doświadczenie Konsorcjum, 87 ust. 2 pkt. 3 Ustawy poprzez zaniechanie, w przypadku uznania przez Zamawiającego zastosowania przez Odwołującego błędnej stawki podatku VAT, poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, art. 89 ust. 1 pkt. 6 Ustawy poprzez odrzucenie oferty Odwołującego wskutek uznania przez Zamawiającego, że oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny przez zastosowanie błędnej stawki VAT, art. 92 ust. 1 Ustawy poprzez niewskazanie w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego rzetelnego uzasadnienia faktycznego i prawnego, a jedynie tezę bez podania konkretnej podstawy prawnej na jej poparcie, art. 7 Ustawy w związku ze wskazanymi powyżej naruszeniami

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnego badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego, nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień lub odpowiednich dokumentów w zakresie doświadczenia, nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnego wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego, nakazanie Zamawiającemu przesłanie do akt sprawy kopii całości dokumentacji przetargowej (w tym ofert przetargowych Odwołującego i Konsorcjum) potwierdzonej za zgodność z oryginałem - jako dowód w niniejszym postępowaniu, uwzględnienie, analizę i rozpatrzenie dowodów wskazanych w niniejszym odwołaniu, w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Ustawy - zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum nie potwierdziło w sposób bezsporny faktu spełnienia warunków udziału w Postępowaniu przewidzianych przez pkt. 8.8.1 A 2) a) oraz b) SIWZ. Zgodnie z pkt. 8.8.1.A 2) a) SIWZ wykonawca na potwierdzenie posiadania odpowiedniego doświadczenia wykazać miał realizację jednego zadania inwestycyjnego

polegającego na konserwacji lub restauracji parków lub innego rodzaju zorganizowanej zieleni o wartości minimum 1.200.000,00 PLN brutto. W opinii Odwołującego dokumenty złożone przez Konsorcjum nie potwierdzają w sposób dostateczny spełnienia warunków posiadania wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia. Ponadto referencje wystawione przez spółkę SKANSKA S.A. zostały podpisane przez pana Tomasza P., Inżyniera Projektu, natomiast brak jest w dokumentacji pełnomocnictwa potwierdzającego uprawnienia pana Tomasza P. do działania w imieniu spółki SKANSKA S.A.

Zarzut naruszenia 87 ust. 2 pkt. 3 Ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt. 6 Ustawy - zaniechanie poprawienia przez Zamawiającego oczywistej omyłki rachunkowej, odrzucenie oferty

Odwołujący podkreślił, że wykonawcy biorący udział w Postępowaniu, oprócz Konsorcjum, w ofercie złożonej w przedmiotowym Postępowaniu wskazali jedną stawkę podatku VAT w kwocie 23 % będącą właściwą stawką dla robót budowlanych. Wykonawca wybrany przez Zamawiającego przy obliczeniu ceny zastosował dwie stawki podatku VAT - 8 % (będącą właściwą dla usług oraz robót budowlanych po zastosowaniu przewidzianych przepisami prawa zwolnień) oraz stawkę 23 % będącą właściwą dla robót budowlanych.

Odwołujący podkreślił, że oprócz robót budowlanych rozumianych zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa budowlanego, przedmiot Postępowania obejmuje także prace przygotowawcze, tzw. prace pomocnicze, których celem jest przygotowanie terenu do realizacji głównego zadania. Do prac tych należą m.in. zamontowanie przyłącza wodno - kanalizacyjnego do toalet, zamontowanie automatycznej toalety, wycinka i pielęgnacja drzew, a także zieleń z elementami małej architektury. Elementy takie jak wycinka i pielęgnacja drzewostanu, a także zieleń z elementami małej architektury stanowiły niewielki procent prac w ogólnej kwocie kosztorysu.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako zawierającą błędy w obliczeniu ceny poprzez określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem błędnej stawki podatku VAT. Zamawiający wskazał, iż „w treści SIWZ nie określił stawki podatku VAT dla przedmiotowego postępowania, pozostawiając wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia pełną dowolność w ukształtowaniu ceny ofertowej pod względem przedmiotowego podatku”. W ocenie Zamawiającego prawidłowo należało zastosować dwie stawki podatku VAT, tj. 8 % i 23 %, gdyż w przedmiotowym postępowaniu nie mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym, „ponieważ czynności składające się na przedmiot zamówienia nie są ze sobą tak ściśle powiązane, aby niemożliwe było ich wyodrębnienie”.

W ocenie Odwołującego działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego jest bezpodstawne.

Niezależnie od występującej na gruncie przepisów prawa zamówień publicznych różnicy w poglądach na temat tego, czy wadliwe zastosowanie stawki VAT stanowić powinno

podstawę dla odrzucenia oferty jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny, zdaniem Odwołującego przedmiot zamówienia powinien być opodatkowany stawką VAT w wysokości 23 %, z uwagi na fakt, że przedmiotem zamówienia są czynności zmierzające do realizacji kompleksowego zadania, określonego w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ oraz Projekcie Umowy jako roboty budowlane.

Odwołujący przedstawił także interpretację indywidualną dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu w imieniu Ministerstwa Finansów, przytoczył orzecznictwo ETS, NSA, KIO.

Zdaniem Odwołującego przedmiot Postępowania ma charakter kompleksowy, a czynności faktyczne wchodzące w jego zakres mają charakter poboczny w stosunku do robót budowlanych polegających na rewitalizacji parku zabytkowego im. Wiosny Ludów w Kutnie, wobec czego przy obliczaniu ceny ofertowej należało uwzględnić stawkę VAT właściwą dla całego przedmiotu zamówienia w wysokości 23 %.

Zdaniem Odwołującego, w sytuacji, gdy Zamawiający w SIWZ nie wskazał jaka stawka podatku VAT powinna zostać zastosowana, nie ma on prawa odrzucić oferty, w której stawka została wskazana w inny sposób aniżeli zakładał Zamawiający lub, który uznaje za zgodny z obowiązującymi przepisami prawa. Co więcej, Zamawiający, nie będąc organem podatkowym, nie ma obowiązku, a tym bardziej prawa do weryfikacji prawidłowości zastosowanej stawki podatku VAT.

W przypadku, gdy Zamawiający uznał, że stawka zastosowana przez Odwołującego jest stawką nieprawidłową, zamiast podjęcia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powinien na podstawie 87 ust. 2 pkt. 3 Ustawy poprawić oczywistą omyłkę rachunkową.

Nadto Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 Ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający w przesłanym zawiadomieniu w celu zachowania zasady jawności i przejrzystości postępowania winien zawrzeć wyczerpujące uzasadnienie zawierające podstawę prawną i faktyczną odrzucenia oferty, czego jednak nie dopełnił.

Izba nie znalazła podstaw, które uzasadniałyby konieczność odrzucenia odwołań.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

**Sygn. akt: KIO 2233/13**

**KIO 2234/13**

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymują się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu. Gdyby potwierdziły się zarzuty stawiane w odwołaniu, mieliby szansę uzyskać przedmiotowe zamówienie.

W ocenie Izby, nieuzasadniony jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający zobowiązany jest zawiadomić wykonawców, którzy złożyli oferty, o wyborze oferty najkorzystniejszej, jak również informację o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone. Zawiadomienie to powinno zawierać uzasadnienie faktyczne i prawne. W ocenie Izby, Zamawiający dopełnił tego obowiązku. W informacji z dnia 13 września 2013 roku wskazał zarówno podstawę prawną, jak i faktyczną odrzucenia ofert wykonawców. Jako podstawę prawną odrzucenia ofert, Zamawiający powołał art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający stwierdził także, że „w przedmiotowym postępowaniu nie mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym, bowiem poszczególne świadczenia, które składają się na przedmiot zamówienia mogą być traktowane rozłącznie bez uszczerbku dla realizacji któregośkolwiek z nich. Fakt objęcia wszystkich czynności jednym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego nie może mieć rozstrzygającego znaczenia w kwestii podatkowej.” Jakkolwiek trudno jest ustalić, jakie uzasadnienie można uznać za wyczerpujące, jest to kwestia ocenna. Odwołujący nie wykazał, żadnych okoliczności faktycznych, które wskazywałyby, że uzasadnienie informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego było niepełne, niewyczerpujące, w szczególności nie wskazał konkretnych braków uzasadnienia. W ocenie Izby, w treści informacji wskazano na istotne elementy, będące podstawą stwierdzenia błędu w obliczeniu ceny w oparciu o podatek VAT, a co za tym idzie – odrzucenia ofert wykonawców przez Zamawiającego.

Na wstępie należy stwierdzić, że obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie oceny ofert. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego w uchwale z dnia 20 października 2011r. sygn. akt III CZP 52/11 oraz III CZP 53/11 Zamawiający powinien także sprawdzić prawidłowość zastosowanej przez wykonawców przy obliczeniu ceny stawki podatku VAT. Przyjęto, że obowiązek taki wynika z dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, który nakazuje Zamawiającemu odrzucenie ofert zawierających błąd w obliczeniu ceny, za który uznać należy także zastosowanie przez wykonawcę niewłaściwej stawki podatku VAT. Podatek od towarów i usług (VAT) jest więc niewątpliwie składnikiem ceny, elementem, który tworzy cenę brutto i ostatecznie decyduje o wysokości tej ceny. Oferty zawierające skalkulowane przez wykonawców ceny netto stają się porównywalne, o ile ostateczną

wartość (cenę brutto) uzyskano przy zastosowaniu jednolitej, wynikającej z obowiązujących przepisów, stawki podatku VAT.

Osią sporu w niniejszej sprawie jest ustalenie, czy w omawianym postępowaniu mamy do czynienia z usługą o charakterze kompleksowym, a tym samym, czy prawidłowym było zastosowanie przez wykonawców w złożonych ofertach jednolitej stawki podatku VAT wynoszącej 23%, czy też należało zastosować dwie stawki VAT: 23% oraz 8%. Podkreślenia wymaga, że ustawa o podatku od towarów i usług nie określa zasad opodatkowania sprzedaży towarów lub świadczenia usług składających się z kilku elementów. Zasady te określone zostały w orzecznictwie sądowym, jak również w doktrynie. W przypadku świadczeń kompleksowych, a więc świadczeń składających się z kilku elementów, rozstrzygnięcia wymaga, czy świadczenia takie powinny być na gruncie przepisów podatkowych traktowane jednolicie i zastosowana powinna być do nich jednolita stawka podatku VAT, czy też każde ze świadczeń składających się na świadczenie kompleksowe powinno być analizowane odrębnie pod kątem zastosowania właściwej stawki podatku. W tym drugim przypadku może dojść do sytuacji, w której świadczenia składające się na świadczenie kompleksowe mogą zostać opodatkowane z zastosowaniem różnych stawek podatku VAT. Świadczenie kompleksowe występuje w przypadku, gdy czynności składające się na to świadczenie powiązane są ze sobą na tyle ściśle, że ich wyodrębnienie nie jest możliwe, lub nie jest możliwe bez uszczerbku dla wykonania którejkolwiek z tych czynności. Ze świadczeniem kompleksowym mamy do czynienia także w przypadku, gdy rozdzielanie czynności składających się na to świadczenie spowodowałoby z punktu widzenia odbiorcy świadczenia spadek wartości tych czynności.

W ocenie Izby, świadczenie kompleksowe występuje w sytuacji, gdy wśród świadczeń składających się na świadczenie kompleksowe, występuje świadczenie o charakterze podstawowym oraz świadczenia pomocnicze. Zadaniem świadczeń pomocniczych jest skorzystanie, bądź też lepsze skorzystanie ze świadczenia podstawowego. Jednakże w przypadku, gdy możliwe jest takie rozdzielanie świadczeń składających się na świadczenie kompleksowe, że nie ulegnie zmianie ani charakter tych świadczeń, ani ich wartość, świadczenia te powinny być traktowane niezależnie i odrębnie oceniane pod kątem zastosowania właściwej stawki podatku VAT. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne "TRAKT" B., T. spółka jawna, Eden Projektowanie i Urządzanie Terenów Zielonych Małgorzata R., brak jest podstaw do zastosowania określonej w prawie cywilnym konstrukcji świadczeń podzielnych do oceny, czy z punktu widzenia podatkowego dana usługa jest usługą kompleksową. Ocena danego stosunku prawnego z punktu widzenia prawa podatkowego dokonywana jest niezależnie od oceny z punktu widzenia pozostałych gałęzi prawa, w tym prawa cywilnego.



W ocenie Izby świadczenie w niniejszym postępowaniu składa się z wielu świadczeń, z których każde mogłoby zostać odrębnie ocenione z punktu widzenia zastosowania prawidłowej stawki podatku VAT. Podkreślenia wymaga, że traktowanie odrębnych świadczeń jako jednego świadczenia kompleksowego ma charakter wyjątku, gdyż zasadą jest odrębne opodatkowanie każdego świadczenia według właściwej dla tego świadczenia stawki podatku VAT. W ocenie Izby dla zastosowania właściwej stawki podatku VAT nie jest decydująca treść SIWZ, ale charakter i wzajemny stosunek świadczeń składających się na całość świadczenia wykonawcy. W niniejszej sprawie brak jest podstaw do uznania, że świadczenie Wykonawcy ma charakter kompleksowy, gdyż każda z prac może zostać wykonana odrębnie. Co więcej, prace polegające na pielęgnacji zieleni mogą być przedmiotem odrębnego zamówienia niezależnie od pozostałych prac przewidzianych w SIWZ. Brak jest przy tym podstaw do uznania, że prace związane z pielęgnacją zieleni mają charakter pomocniczy w stosunku do pozostałych prac składających się na świadczenie wykonawcy. I odwrotnie. Brak również podstaw do uznania, że pozostałe prace mają charakter pomocniczy w stosunku do prac polegających na pielęgnacji zieleni. Przedmiotem niniejszego postępowania jest rewaloryzacja parku, a istotą prac polegających na utrzymaniu parku we właściwym stanie jest dokonywanie czynności związanych z pielęgnacją zieleni znajdującej się w tym parku. Przystępujący podniósł, a Odwołujący okoliczności tej nie zaprzeczyli, że w ramach pielęgnacji zieleni przewidziane było 239 drzew, a pielęgnacją objętych zostało 1170 drzew. Już sam zakres prac związanych tylko z pielęgnacją drzew (bez działań dotyczących pielęgnacji pozostałej roślinności w parku) wskazuje, że nie można tych czynności traktować jako pomocniczych. Są to bowiem czynności o dużym zakresie i znacznej wartości.

W ocenie Izby powołana jako dowód w sprawie przez Odwołującego opinia podatkowa sporządzona przez doradcę podatkowego Pawła Słojewskiego z dnia 30 września 2013 roku nie zaprzecza stwierdzeniom Izby. Zawiera odmienną ocenę stanu faktycznego, której to oceny Izba nie podziela. W treści tej opinii zawarto rozważania dotyczące pomocniczego charakteru części usług składających się na świadczenie wykonawcy. Jednak, jak wskazano powyżej, usługi związane z zagospodarowaniem terenów zielonych stanowią cel sam w sobie i trudno uznać, że jedynym celem ich wykonania jest ułatwienie wykonania pozostałych usług przewidzianych w treści SIWZ. Izba podziela powoływany pogląd wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 15 marca 2011 roku (sygn.. I SA/Po 951/10), że dwa świadczenia mogą zostać uznane za usługę kompleksową, gdyż nie da się ich wydzielić, lub ich podział miałby charakter sztuczny. W ocenie Izby taka sytuacja nie zachodzi w niniejszym postępowaniu. Usługi zagospodarowania terenów zieleni mogą zostać wykonane niezależnie od pozostałych usług przewidzianych w SIWZ, a ich

rozdzielenie nie miałyby charakteru sztucznego, bowiem każde może istnieć samodzielnie i jest celem samym w sobie.

Jednocześnie Izba wskazuje, że brak było możliwości poprawienia przez Zamawiającego ofert Odwołujących w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT. Wykonawcy w formularzu ofertowym wskazywali jedynie kwotę brutto łącznie oraz zastosowaną stawkę podatku VAT. Zamawiający nie dysponował zatem informacją na temat pozostałych części składowych ceny, niemożliwe zatem było obliczenie, a w konsekwencji poprawienie, ceny brutto całości zamówienia przy uwzględnieniu dwóch stawek podatku VAT.

W związku z powyższym Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba nie rozpoznawała zarzutów dotyczących oferty wybranej przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej. Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (a z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu) odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolej ręki lub zapytania o cenę, opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, odrzucenia oferty Odwołującego. Przepis ten nie daje możliwości złożenia odwołania (a tym samym rozpoznania przez Izbę zarzutów) od czynności Zamawiającego polegającej na ocenie oferty Wykonawcy innego niż odwołujący. Nie zwalnia to jednak Zamawiającego od dokonania prawidłowych czynności w zakresie oceny oferty najkorzystniejszej.

Izba uznała za uzasadniony zarzut Odwołującego Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne "TRAKT" B., T. spółka jawna, Eden Projektowanie i Urządzanie Terenów Zielonych Małgorzata R. dotyczący niesłusznego wykluczenia Odwołującego z postępowania za brak wykazania wiedzy i doświadczenia. Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że budowa kortu nie była częścią zamówienia polegającego na restauracji parków lub innego rodzaju zorganizowanej zieleni. Zamówienie stanowiło jedną umowę. Treść warunku nie zawierała żadnych ograniczeń np. w postaci zawężenia kategorii obiektów parkowych wyłącznie do parków pozbawionych funkcji rekreacyjnych lub sportowych. Zamawiający nie wskazał również w treści warunku, że wymagana minimalna kwota wartości zamówienia odnosić się ma wyłącznie do wartości prac związanych z zagospodarowaniem zieleni. Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że pojęcia park, restauracja, konserwacja parków są pojęciami

szerokimi, obejmującymi swym zakresem szeroki zakres prac. Izba nie nakazywała jednak Zamawiającemu dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert z udziałem Odwołującego z uwagi na fakt, że oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (jak wyżej)

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:** .....