

**WYROK**

**z dnia 23 czerwca 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu: 20 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 czerwca 2017 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: T. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą INŻBUD T. T. oraz COSEL Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Rybniku** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Polską Grupę Górniczą Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach**

przy udziale **wykonawcy B. Gwimet Sp. z o.o. z siedzibą w Markłowicach** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: T. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą INŻBUD T. T. oraz COSEL Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Rybniku i:**
  - 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 zamówienie: T. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą INŻBUD T. T. oraz COSEL Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Rybniku tytułem wpisu od odwołania;**
  - 2) zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: T. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą INŻBUD T. T. oraz COSEL Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Rybniku kwotę 3**

**600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Zamawiającego: Polskiej Grupy Górniczej Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach** stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Polska Grupa Górnicza Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. z 2015 r., poz. 2164) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia *na odbiór, transportu kruszywa skalnego RA powstałego na bazie odpadów wydobywczych i wbudowanie w bryłę krajobrazową w celu realizacji projektu: „Budowa i kształtowanie bryły krajobrazowej wraz z zagospodarowaniem terenu przy szybie Leon II”*.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: T. T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą INŻBUD T. T. oraz COSEL Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Rybniku (zwany dalej „*Odwołującym*”) w dniu 5 czerwca 2017 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożyli odwołanie wobec odrzucenia oferty *Odwołującego* z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz w konsekwencji niedopuszczenia *Odwołującego* do aukcji elektronicznej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, art. 91b ust. 1 ustawy Pzp, art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty *Odwołującego* pomimo braku podstaw faktycznych i prawnych do przypisania ofercie niezgodności z treścią SIWZ, art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez brak uzasadnienia prawnego dla czynności odrzucenia oferty *Odwołującego*. W związku z powyższym, *Odwołujący* wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty *Odwołującego*, z uwagi na błąd w obliczeniu ceny, ponownego dokonania badania i oceny ofert, odrzucenie ofert innych wykonawców: Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” G., W., M. Sp. J. oraz „B.-GWIMET” Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, z uwagi na zastosowanie niewłaściwej stawki 23% VAT zamiast 8% w poz. 4 wyceny w formularzu Ofertowym, dokonanie wyboru oferty złożonej przez *Odwołującego*.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą INŻBUD T. T.**

**oraz COSEL Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Rybniku jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 6 czerwca 2017 r.

Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 8 czerwca 2017 r. zgłosił przystąpienie wykonawca B. Gwimet Sp. z o.o. z siedzibą w Markłowicach.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy B. Gwimet Sp. z o.o. z siedzibą w Markłowicach (zwanego dalej: „Przystępującym”).

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest: *„Odbiór, transportu kruszywa skalnego RA powstałego na bazie odpadów wydobywczych i wbudowanie w bryłę krajobrazową w celu realizacji projektu: „Budowa i kształtowanie bryły krajobrazowej wraz z zagospodarowaniem terenu przy szybie Leon II”.*

*/dokumentacja postępowania: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, str. 1/.*

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że w niniejszym postępowaniu m. in. oferty złożyli następujący wykonawcy:

1. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: T. T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą INŻBUD T. T. oraz COSEL Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Rybniku,

2. B. Gwimet Sp. z o.o. z siedzibą w Markłowicach,
3. Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich „EKOBUD” G., W., M. Sp. J. z siedzibą w Piekarach Śląskich

*/dokumentacja postępowania: pismo Zamawiającego z dnia 26 maja 2017 r. /.*

Zamawiający w dniu 19 maja 2017 r. wystąpił do wykonawców o wyjaśnienie zastosowanej stawki podatku VAT.

*/dokumentacja postępowania: Pismo Zamawiającego z dnia 19 maja 2017 r. /.*

Odwołujący w dniu 22 maja 2017 r. udzielił Zamawiającemu wyjaśnień w niniejszej sprawie

*/dokumentacja postępowania: Pismo Zamawiającego z dnia 22 maja 2017 r. /.*

Zamawiający w dniu 26 maja 2017 r. odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

*/dokumentacja postępowania: Pismo Zamawiającego z dnia 26 maja 2017 r. /.*

Od niniejszej czynności Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: T. T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą INŻBUD T. T. oraz COSEL Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Rybniku wniósł odwołanie w dniu 5 czerwca 2017 r.

*/dokumentacja postępowania: Odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: T. T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą INŻBUD T. T. oraz COSEL Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą dla lidera konsorcjum w Rybniku z dnia 5 czerwca 2017 r. /.*

Izba ustaliła również że Zamawiający pismem z dnia 19 czerwca 2017 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

*/dokumentacja postępowania: Odpowiedź na odwołanie z dnia 19 czerwca 2017 r. /.*

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący złożył ofertę, w której określił stawkę podatku od towarów i usług dla czynności zagospodarowania terenu zielenią w wysokości 8%. Zamawiający wezwał w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Odwołujący w dniu 29 maja 2017 roku złożył stosowne wyjaśnienia. Zamawiający ostatecznie nie dopuścił Odwołującego do aukcji, wskazując w uzasadnieniu faktycznym, iż w swojej ofercie zastosował on nieprawidłową stawkę podatku VAT (8%) dla czynności zagospodarowania terenu zielenią.

Sporną kwestią okazała się jedynie ocena prawnopodatkowa stanu faktycznego, wynikającego z przyjęcia przez Odwołującego w ofercie stawki podatku VAT 8% dla czynności zagospodarowania terenu zielenią.

Izba analizując opis przedmiotu zamówienia ustaliła, że przedmiot zamówienia jest świadczeniem złożonym, należało więc ustalić, czy składa się on ze świadczenia głównego i świadczeń pomocniczych, czy też wykonawca realizować będzie w ramach zamówienia kilka odrębnych pod względem ekonomicznym świadczeń, a w konsekwencji czy cały przedmiot zamówienia podlega opodatkowaniu stawką właściwą dla świadczenia głównego (23%), czy też stawkę podatku VAT należy ustalić odrębnie dla poszczególnych elementów tego zamówienia, w związku z czym elementy zamówienia związane z zagospodarowaniem terenu zielenią podlegają opodatkowaniu stawką podstawową 23%.

Zagadnienie świadczeń złożonych było 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 (...).

Opierając się na powyższym orzecznictwie należy stwierdzić, że jeżeli świadczenia można rozdzielić tak, że nie zmieni to ich charakteru ani wartości z punktu widzenia nabywcy, wówczas świadczenia takie powinny być raczej traktowane jako dwa niezależnie opodatkowane świadczenia. Jeżeli jednak świadczenia stanowią dla nabywcy całość ekonomiczną, nie należy ich sztucznie rozdzielać.

Biorąc powyższe rozważania pod uwagę Izba stwierdziła, że analiza całości opisanego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia prowadziła do wniosku, że występuje w nim świadczenie główne, któremu można byłoby przypisać status świadczenia dominującego względem świadczeń pomocniczych jakim były czynności zagospodarowania terenu zielenią. W ocenie Izby czynności zagospodarowania terenu zielenią nie mogą mieć charakteru samoistnego w tym stanie faktycznym. Należy zauważyć, że czynności zagospodarowania terenu zielenią mają służyć celowi głównemu, jakim jest odbiór, transportu kruszywa skalnego RA. Ponadto w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał okoliczności faktycznych, które potwierdzałyby zasadność zastosowania do czynności zagospodarowania terenu zielenią stawkę podatku VAT w wysokości 8%. Dodatkowo – odnosząc się również do zarzutów Odwołującego dotyczących braku wyczerpującego uzasadnienia niedopuszczenia do aukcji elektronicznej Izba uznała, że sporne zawiadomienie zawierało uzasadnienie faktyczne, z które jasno można było wywnioskować intencje Zamawiającego odrzucającego ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie

okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega oddaleniu.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba w punkcie 1 sentencji orzekła w formie wyroku, oddalając odwołanie. W punkcie 2 sentencji Izba orzekła o kosztach na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, zaś zgodnie z § 3 pkt 1 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł.

**Przewodniczący:**

.....