

Sygn. akt: KIO 2928/13

## WYROK

z dnia 15 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Bogusława W.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Bogusław W., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Vobex w Jaworznie** oraz **Gama sp. z o.o. w Jaworznie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu**

**orzeka:**

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty złożonej przez odwołującego, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,**

2. kosztami postępowania obciąża **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Bogusława W.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Bogusław W., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Vobex w Jaworznie** oraz **Gama sp. z o.o. w Jaworznie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Bogusława W.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Bogusław W., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Vobex w Jaworznie** oraz **Gama sp. z o.o. w Jaworznie** kwotę **13.600**

**zł 00 gr** (słownie: trzynastu tysięcy sześciuset złotych) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 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 **Katowicach**.

**Przewodniczący:** .....

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

Zamawiający - Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. w Bytomiu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „przywrócenie środowiska do stanu właściwego terenu wokół dawnych osadników wód dołowych przy ul. Sadowskiego w Piekarach Śląskich”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 października 2013 r., poz. 222677.

W dniu 16 grudnia 2013 r. zamawiający przesłał za pośrednictwem faksu wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia Bogusławowi W.emu, prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą Bogusław W., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Vobex w Jaworznie oraz Gama sp. z o.o. w Jaworznie, zwanym dalej „odwołującym”, zawiadomienie o odrzuceniu złożonej przez odwołującego oferty, a także o unieważnieniu postępowania.

Wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu złożonej przez siebie oferty odwołujący wniósł w dniu 20 grudnia 2013 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Skarżonej czynności zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

- a) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego mimo braku zaistnienia przyczyn do tego uprawniających,
- b) art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania mimo złożenia niepodlegającej odrzuceniu oferty odwołującego, której cena nie przekracza kwoty, którą zamawiający zamierzał i mógł przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek podania uzasadnienia faktycznego dokonanej czynności odrzucenia oferty. W opinii odwołującego obowiązek ten, w niniejszym stanie faktycznym, nie powinien sprowadzać się wyłącznie do lakonicznego (jednozdanowego) poinformowania oferenta o przyczynie stanowiącej podstawę zastosowania określonego przepisu prawa. W powyższym piśmie brakuje wskazania faktów, które zamawiający uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł, oraz przyczyn, z powodu których innym

dowodom odmówił wiarygodności. Oczekiwanie takiego postępowania jest tym bardziej zrozumiałe iż, kwestia prawidłowości zastosowania określonej stawki VAT przez odwołującego nie była dla zamawiającego oczywista, czego dowodem było skierowanie pisma (nr SRK/TZ/5535/13/GK) z dnia 13 listopada 2013 r. z wezwaniem do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 w zakresie „zastosowania obniżonej do 8% stawki podatku VAT dla robót budowlanych wyszczególnionych w kosztorysie ofertowym”. Odwołujący wywiódł, że na ww. wezwanie obszernie odpowiedział w piśmie z 18 listopada 2013 r., szeroko komentując i podając podstawy faktyczne i prawne uprawniające do zastosowania obniżonej stawki podatku VAT. Nie chcąc w całości powtarzać zawartej w tym piśmie argumentacji lub dokonywać (nieuprawnionych) skrótów wypaczających istotę problemu, odwołujący załączył do odwołania (jako jego integralną część) przedmiotowe pismo podtrzymując wszystkie tezy i twierdzenia w nim zawarte.

Wywiódł ponadto, że nie można uznać jakoby oczekiwanie przez zamawiającego zawarte w treści formularza cenowego podania jednej stawki VAT (choć nie wskazanej procentowo), miało pierwszeństwo w przypadku gdy z obowiązujących przepisów podatkowych wynikałoby, tak jak w postępowaniu, konieczność zastosowania różnych stawek podatku VAT dla różnych czynności wchodzących w skład przedmiotu zamówienia.

W oparciu o przytoczoną w odwołaniu argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert, w tym unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) wyboru i uznania oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający w trakcie rozprawy wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę odwołującego, wezwanie zamawiającego z 13.11.2013 r., odpowiedź odwołującego na ww. wezwanie z 18.11.2013 r., zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego i unieważnieniu postępowania z 16.12.2013 r., odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, ustalono, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ustalono, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, która w świetle kryteriów oceny ofert była ofertą najkorzystniejszą i unieważnił postępowanie uznając, że cena oferty wybranej jako najkorzystniejsza przewyższa kwotę, jaką może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Ewentualne ustalenie, że zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę złożoną przez odwołującego prowadziłoby do konieczności nakazania unieważnienia tej czynności, czego efektem może być uzyskanie przez odwołującego zamówienia publicznego. Natomiast szkoda jaką może on ponieść wyraża się w utracie korzyści, jakie może on uzyskać w razie uzyskania zamówienia publicznego i pozostaje w związku z zarzucanymi zamawiającemu naruszeniami ustawy Pzp. Wyczerpuje to materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie albowiem zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp i art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp znalazły potwierdzenie w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy i mają one wpływ na wynik postępowania.

Zasady stosowania właściwych stawek w podatku od towarów i usług określone zostały w ustawie z dnia 11 marca 2011 roku o podatku od towarów i usług (Dz. U. nr 54 poz. 535 z późn. zm.). Stosownie do treści art. 5 ust. 1 pkt 1 wyżej cytowanej ustawy, opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług podlega między innymi odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju. Zaś zgodnie z art. 5a ustawy, towary lub usługi będące przedmiotem czynności, o których mowa w art. 5 ustawy, wymienionych w klasyfikacjach wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej, są identyfikowane za pomocą tych klasyfikacji, jeżeli dla tych towarów lub usług przepisy ustawy lub przepisy wykonawcze wydane na tej podstawie powołują symbole statystyczne. Stosownie do przepisu art. 41 ust. 1 ustawy 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. Jednakże zarówno w treści ustawy, jak i w przepisach wykonawczych, ustawodawca przewidział opodatkowanie niektórych czynności stawkami obniżonymi. W myśl art. 41 ust. 2 ustawy, dla towarów i usług, wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stawka podatku wynosi 7%, z zastrzeżeniem ust. 12 i art. 114 ust. 1.

Zgodnie z art. 146a pkt 1 i pkt 2 ustawy o podatku od towarów i usług, w okresie od dnia 1 stycznia 2011 roku do dnia 31 grudnia 2016 roku, 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%,
- 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%.

W załączniku nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług wskazano świadczenia, opodatkowane stawką podatku w wysokości 8%, w tym m.in.:

- a) pod pozycją 176 - usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni – PKWiU 81.30.10.0,
- b) pod pozycją 143 - usługi związane ze zbieraniem odpadów innych niż niebezpieczne nadających się do recyklingu – PKWiU 38.11.1,
- c) pod pozycją 146 - usługi związane ze zbieraniem odpadów niebezpiecznych – PKWiU 38.12.1,
- d) pod pozycją 64 - nawozy naturalne lub organiczne, gdzie indziej niesklasyfikowane (w tym ziemia ogrodnicza, zawierająca torf jako zasadniczy składnik i ziemia ogrodnicza, będąca mieszaniną naturalnej gleby, piasku, gliny i minerałów oraz ziemia humus) – PKWiU 20.15.80.0.

Zgodnie z pkt 3 SIWZ- opis przedmiotu zamówienia, ppkt 3.1 przedmiotem zamówienia jest „przywrócenie środowiska do stanu właściwego terenu wokół dawnych osadników wód dołowych przy ul. Sadowskiego w Piekarach Śląskich”. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 2 i załącznik nr 4 do SIWZ. W załączniku nr 2 do SIWZ - szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i jego zakres wraz z uwarunkowaniami techniczno organizacyjnymi, zamawiający zamieścił skrótowy jego opis, wskazując w nim wykonanie:

- 1) robót przygotowawczych, obejmujących częściowe usunięcia drzew, które kolidują z racjonalną technologią oraz obszarami wymiany zanieczyszczonych gleb wraz z karczowaniem krzewów, usunięcia zalegających na przedmiotowym terenie odpadów (w tym niebezpiecznych niewiadomego pochodzenia),
- 2) rekultywacji technicznej, obejmującej usunięcie gruntów nie spełniających standardów jakości gleb grupy B oraz uzupełnienie ubytków gruntów powstałych po usunięciu zanieczyszczonej gleby,
- 3) rekultywacji biologicznej, obejmującej zatrawienie terenu i wysiewu nawozów mineralnych,
- 4) podwykonawczych badań kontrolnych standardów w jakości gleby.

Szczegóły ww. prac opisano w przedmiarze robót, stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ, obejmującym 54 pozycje.

Odwołujący, w złożonym wraz z ofertą kosztorysie ofertowym, sporządzonym na podstawie przedmiaru robót, zakwalifikował pod względem statystycznym niektóre czynności stanowiące przedmiot zamówienia następująco:

Nr pozycji kosztorysu ofertowego	Pozycja w załączniku nr 3 ustawy o podatku od	Symbol PKWiU 2008	Nazwa towaru lub usługi (grupy towarów lub usług)
od 2 do 7 od 49 do 50	176	81.30.10.0	Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni
od 8 do 16 od 21 do 22 od 24 do 33 od 35 do 40	143	38.11.1	Usługi związane ze zbieraniem odpadów innych niż niebezpieczne nadających się do recyklingu
od 17 do 20	146	38.12.1	Usługi związane ze zbieraniem odpadów niebezpiecznych
44 47	64	20.15.80.0	Nawozy naturalne lub organiczne, gdzie indziej niesklasyfikowane (w tym ziemia ogrodnicza, zawierająca torf jako zasadniczy składnik i ziemia ogrodnicza, będąca mieszaniną naturalnej gleby, piasku, gliny i minerałów oraz ziemia

Izba uznała za przyznaną przez zamawiającego okoliczność, że odwołujący dokonał prawidłowej klasyfikacji statystycznej ww. oferowanych świadczeń w świetle rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie PKWiU z 29 października 2008 roku. Stosownie do art. 190 ust. 5 ustawy Pzp *nie wymagają dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy.* Ponadto, w myśl art. 230 w zw. z art. 13 § 2 kpc, znajdującego zastosowanie z mocy art. 185 ust. 7 ustawy Pzp, *gdy strona nie wypowie się co do twierdzeń strony przeciwnej o faktach, sąd, mając na uwadze wyniki całej rozprawy, może fakty te uznać za przyznane.* Izba wzięła pod uwagę to, że zamawiający ani w rozstrzygnięciu postępowania z 16 grudnia 2013 r. ani w trakcie rozprawy nie zaprzeczył, że z punktu widzenia statystycznego:

- a) w grupowaniu PKWiU 81.30.10.0, tj. usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni, mieszczą się świadczenia wymienione w pozycji od 2 do 7, od 49 do 50, od 52 do 53 przedmiaru robót,

- b) w grupowaniu PKWiU 38.11.1 oraz PKWiU 38.12.1, tj. usługi związane ze zbieraniem odpadów innych niż niebezpieczne nadających się do recyklingu oraz usługi związane ze zbieraniem odpadów niebezpiecznych, mieszczą się świadczenia wymienione w pozycji od 8 do 16, od 21 do 22, od 24 do 33, od 35 do 40 oraz od 17 do 20 przedmiaru robót,
- c) w grupowaniu PKWiU 20.15.80.0, tj. nawozy naturalne lub organiczne, gdzie indziej niesklasyfikowane (w tym ziemia ogrodnicza, zawierająca torf jako zasadniczy składnik i ziemia ogrodnicza, będąca mieszaniną naturalnej gleby, piasku, gliny i minerałów oraz ziemia humus), mieszczą się świadczenia wymienione w pozycji 44 i 47 przedmiaru robót.

Podkreślenia wymagało to, że zamawiający w trakcie rozprawy nie wdał się w spór co do dokonanej przez wykonawcę klasyfikacji statystycznej ww. świadczeń. Nie przedstawił w szczególności własnego, odrębnego stanowiska, z którego wynikałoby, że ww. świadczenia należy zakwalifikować do innego grupowania PKWiU. Co więcej wywód, jaki zamawiający przeprowadził w trakcie rozprawy zdawał się bazować na dokonanej przez odwołującego klasyfikacji statystycznej, z której zamawiający wywodził jedynie odmienne skutki prawnopodatkowe. Izba nie znalazła również żadnych podstaw do ustalenia, aby przyznanie budziło wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy. Opis świadczeń dokonany przez zamawiającego w ww. pozycjach przedmiaru robót i powielony przez wykonawcę w kosztorysie ofertowym wprost wskazywał bowiem na to, iż są to czynności związane z usuwaniem odpadów, względnie związane z zagospodarowaniem terenów zielonych czy dostawą nawozów. Wobec powyższego, biorąc pod uwagę całokształt okoliczności, przyjęto przy rozstrzygnięciu jako prawidłową dokonaną przez odwołującego kwalifikację statystyczną świadczeń, pomimo iż nie złożono Izbie opinii organu uprawnionego do dokonywania klasyfikacji statystycznych.

W tej sytuacji, że wobec przywołanego stanowiska stron, sporną okazała się jedynie ocena prawnopodatkowa stanu faktycznego, wynikającego z klasyfikacji statystycznej.

Odwołujący w trakcie rozprawy, w ślad za pismem z dnia 18.11.2013 r., załączonym do odwołania, wywodził, że ww. świadczenia polegające na zbieraniu i transporcie odpadów oraz związane z zagospodarowaniem terenów zielonych i dostawie nawozów, opodatkowane preferencyjną stawką podatku VAT w wysokości 8 % mają, w okolicznościach danej sprawy, odrębny i samoistny charakter. Nie mają zatem charakteru pomocniczego wobec robót budowlanych opodatkowanych stawką 23 %. Powyższe okoliczności – zdaniem odwołującego – uprawniały go do zastosowania dla ww. świadczeń obniżonej stawki podatku.



Z kolei zamawiający w trakcie rozprawy wywodził, że całość przedmiotu zamówienia z punktu widzenia podatkowego należy potraktować jako świadczenie kompleksowe. Wskazywał, że usługi związane ze zbieraniem odpadów, usługi związane z zagospodarowaniem terenów zielonych i dostawę nawozów należy ujmować jako świadczenia pomocnicze wobec robót budowlanych polegających na rekultywacji terenu, co jego zdaniem oznaczało konieczność zastosowania jednolitej, podstawowej stawki podatku VAT w wysokości 23% obowiązującej dla świadczenia głównego, jakim są roboty budowlane.

Rozstrzygając w spornej kwestii Izba stwierdziła, że przedmiot zamówienia opisany przez zamawiającego w załącznikach nr 2 i 4 do SIWZ 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 zatem 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 (...).

Powyższe prowadzi do wniosku, 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. Biorąc powyższe rozważania pod uwagę Izba stwierdziła, że analiza całości opisanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia prowadziła do wniosku, że nie występuje w nim świadczenie główne, któremu można byłoby przypisać status świadczenia dominującego względem świadczeń pomocniczych. W ocenie Izby mogą mieć charakter samoistny zarówno usługi z zakresu utrzymania terenów zielonych, jak i usługi z zakresu usuwania odpadów czy dostawy nawozów. Usługi z zakresu utrzymania terenów zielonych obejmują, w świetle załącznika nr 4 do SIWZ, karczowanie krzaków i poszycia, wycinanie drzew, mechaniczne rozdrabnianie cienkich drzewek i gałęzi, przemieszczenie mas ziemnych oraz wykonanie trawników i wysiew nawozów. Z kolei usługi związane ze zbieraniem odpadów polegać miały na usunięciu odpadów komunalnych, zużytych opon, odpadów z przesiewacza kompostu, odpadów niebezpiecznych, ustabilizowanych odpadów ściekowych, odpadów osadów ilowych i mułowych, odpadów z żużli, gruzu oraz zanieczyszczonej gleby. Zasady wiedzy i doświadczenia życiowego podpowiadają, że na rynku istnieją firmy zajmujące się wyłącznie usuwaniem odpadów jak i firmy zajmujące się wyłącznie usługami z zakresu zagospodarowania i utrzymania terenów zielonych. Zatem świadczenia te, w aspekcie ekonomicznym, teoretycznie mogłyby być zlecone samodzielnie i mogłyby zostać zrealizowane niezależnie. W ocenie Izby świadczenia te nie są z pozostałymi świadczeniami tak ściśle powiązane, aby ich ewentualne wyodrębnienie, jako niezależnych od siebie czynności, miało charakter sztuczny.

Podkreślenia wymaga również to, że ww. świadczenia opodatkowane obniżoną stawką podatku, pod względem wartości ponaddwukrotnie przewyższały świadczenia, dla których właściwą jest podstawowa stawka podatku VAT. Powyższe wynikało z formularza cenowego i kosztorysu ofertowego złożonego przez odwołującego wraz z ofertą. Wartość świadczeń opodatkowanych stawką 8% wynosiła bowiem 1.295.888,25 zł netto, zaś wartość świadczeń opodatkowanych stawką 23% - 601.984,29 zł netto. W ocenie Izby nie mogą mieć

charakteru ubocznego czy dodatkowego takie świadczenia, których udział w całości przedmiotu zamówienia jest większy aniżeli pozostałych świadczeń.

Nie podzielono stanowiska zamawiającego jakoby przedmiot zamówienia obejmował świadczenie główne – tj. rekultywację techniczną, opodatkowaną stawką 23%, którego prawnopodatkowa kwalifikacja wymuszałaby objęcie identyczną stawką również świadczeń związanych z usuwaniem odpadów czy utrzymaniem terenów zieleni. Analiza przedmiaru robót, stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ, prowadziła do wniosku, że pod pojęciem „rekultywacji technicznej” rozumiano następujące grupy czynności: usunięcie zanieczyszczonej gleby oraz zasypanie powstałych wyrobisk. Ponadto, jak wynika z załącznika nr 2 do SIWZ, tereny rekultywowane stanowią miejsce składowania odpadów komunalnych, z robót remontowo-budowlanych, przemysłowych i niebezpiecznych. Wskazano tam również, że gleby zanieczyszczone są metalami ciężkimi oraz olejami mineralnymi. Uszło uwadze zamawiającego, że wydobyta zanieczyszczona gleba, w myśl polskiego prawa administracyjnego, traktowana jest jako odpad. Stosownie do przepisów rozporządzenia Ministra Środowiska z 27.09.2001 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz. U. nr 112, poz. 1206) glebę i ziemię z terenów zanieczyszczonych, w tym w wyniku robót remontowo-budowlanych, traktuje się jako odpad o kodzie 17.05. A zatem czynności z zakresu jej usunięcia z pewnością są kwalifikowane z punktu widzenia statystycznego w PKWiU jako usługi związane z usuwaniem odpadów, opodatkowane obniżoną stawką podatku VAT, a nie stawką podstawową. A zatem argument zamawiającego jakoby prawnopodatkowa kwalifikacja świadczenia polegającego na rekultywacji terenu wymuszała zastosowanie podstawowej stawki podatku VAT wobec czynności usuwania odpadów czy też czynności z zakresu utrzymania terenów zielonych okazał się, w okolicznościach danej sprawy, niezasadny. Znaczna bowiem część świadczeń wchodzących w skład rekultywacji technicznej to w istocie usługi w zakresie zbierania, usuwania i transportu odpadów, objęte obniżoną a nie – jak twierdził zamawiający - podstawową stawką podatku VAT.

Przy rozstrzygnięciu wzięto pod uwagę również to, że w świetle art. 2(1) VI Dyrektywy i przywołanych orzeczeń TSUE, za zasadę uznaje się, że każde świadczenie powinno być zwykle uznawane za odrębne i niezależne. W myśl ww. przepisu prawa unijnego i orzecznictwa TSUE konstrukcja tzw. „świadczeń kompleksowych” traktowana jest zaś jako wyjątek od tej zasady. Wyjątek ten zaś znajduje zastosowanie w razie wykazania, że istnieje ścisły nierozzerwalny związek świadczeń pomocniczych z dominującym świadczeniem głównym. Jednakże takich okoliczności Izbie nie wykazano.

Reasumując stwierdzono, odwołujący nie dopuścił się błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przyjmując, iż nie istnieją podstawy uzasadniające przyjęcie jednolitej stawki podatku VAT w wysokości 23%, z powołaniem się

na opisaną wyżej zasadę. Nie wykazano bowiem okoliczności, które w tej konkretnej sprawie uzasadniałyby odstępianie od tej zasady i przyjęcie, że świadczenia opodatkowane podatkiem VAT w wysokości 8% mają wyłącznie charakter uboczny, pomocniczy i niesamodzielny względem świadczenia głównego opodatkowanego stawką podstawową. Czynność zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty odwołującego należało z przedstawionych wyżej względów uznać za nieprawidłową.

W konsekwencji stwierdzono także, że zamawiający nie miał podstaw do unieważnienia przedmiotowego postępowania w świetle art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, albowiem cena oferty odwołującego nie przewyższała kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Jak wynikało z protokołu postępowania, zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 2.240.279 zł brutto. Zgodnie zaś z treścią oferty odwołującego, zaoferował on wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 2.106.137,10 zł brutto.

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, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie. Zamawiający z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego, której cena nie przewyższała kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Stwierdzone naruszenie ma zatem istotny wpływ na wynik postępowania albowiem zamawiający niezasadnie unieważnił przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp,

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 i 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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 uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b powołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów, ograniczając wysokość wynagrodzenia do kwoty 3600,00 zł, maksymalnie dopuszczalnej w myśl ww. przepisów.

**Przewodniczący:** .....