

Sygn. akt: KIO 3643/23

WYROK
z 20 grudnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie 18 grudnia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 4 grudnia 2023 r. przez M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KMP Instal-Projekt M. K.

pod adresem ul. Grobelka 12, 63-100 Kaleje w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, przy udziale wykonawcy TWM sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu w Części I postępowania:
 - 1.1 Unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.
 - 1.2 Przeprowadzenie ponownej czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie z postępowania oferty wykonawcy TWM sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę TWM sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od wykonawcy TWM sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu na rzecz odwołującego: M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KMP Instal-Projekt M. K. pod adresem ul. Grobelka 12, 63-100 Kaleje kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) jako zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych

(t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3643/23

Uzasadnienie

Zarząd Komunalnych Zasobów Lokalowych sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie w trybie podstawowym pn.: „Wykonanie robót budowlanych w budynkach komunalnych położonych w Poznaniu przy ul. Nowe Zagórze 9-11/Wieżowej 71 oraz ul. Wojskowej 8 w podziale na 2 części”, numer: ZP.201.73.2023, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie w sprawie zamówienia publicznego zostało opublikowane 5 października 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 2023/BZP 00428912.

4 grudnia 2023 r. wykonawca M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą KMP Instal-Projekt M. K. pod adresem ul. Grobelka 12, 63-100 Kaleje (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie w zakresie części I postępowania i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp przez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych wybranie oferty wykonawcy TWM sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: Przystępujący) zamiast jej odrzucenia, w sytuacji w której jego oferta zawierała błąd w obliczeniu ceny przez zastosowanie błędnej stawki Vat w wysokości 8% na wykonanie dróg i placów, mimo, że stawka Vat powinna być w wysokości 23%, co stanowi podstawę do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w zakresie części I zamówienia,
2. powtórzenia badania i oceny ofert,

3.odrzucenia oferty Przystępującego oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu, w zakresie części I zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał m. in.:

Zgodnie z pkt. XIV SWZ: Wykonawca zobowiązany jest podać cenę ofertową netto i brutto

za realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z Formularzem ofertowym, stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ z uwzględnieniem stawki VAT 8% i 23%.

Przystępujący zastosował stawkę 8% do całego zakresu zagospodarowania terenu (zieleni oraz wykonanie placów i dróg) mimo, że na wykonanie placów i dróg powinien zastosować stawkę w wysokości 23%. Przystępujący wezwany do wskazania podstawy takiej stawki Vat wyjaśnił, że obniżoną do 8% stawkę podatku od towarów i usług objęte są usługi związane

z zagospodarowaniem terenów zieleni należące do klasy 81.30 Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług. Klasa ta obejmuje m. in. Usługi związane z zagospodarowaniem pozostałych terenów zieleni (co obejmuje usługi dokonywania zasadzeń, pielęgnację i utrzymanie parków i ogrodów przy domach wielomieszkaniowych) oraz usługi projektowe i budowlane w zakresie drobnych prac związanych z zagospodarowaniem pozostałych terenów zieleni. Przystępujący wskazał również, że wykonanie działań wyszczególnionych w pozycji 4.1 kosztorysu (drogi i place) jest w sposób funkcjonalny bezpośrednio związane z zagospodarowaniem terenów zieleni położonych przy przedmiotowym budynku, bez podjęcia których niemożliwe będzie urządzenie trawników lub dokonanie nasadzeń krzewów, co pozwala na zastosowanie w odniesieniu do nich obniżonej stawki podatku VAT w wysokości wynoszącej 8 %. Dodatkowo Wykonawca wskazał też, że dlatego, że wykonanie chodników jest elementem pomocniczym do wykonania zieleni, to chodniki winny mieć stawkę preferencyjną 8%. Wykonawca uznał też, że wykonanie jedynie prac wskazanych w punkcie 4.1 Kosztorysu (place i drogi) pozbawione byłoby dla Zamawiającego jakiegokolwiek znaczenia. Ich realizacja funkcjonalnie podporządkowana jest bowiem usłudze dominującej w postaci zieleni.

Z powyższym jednak nie można się zgodzić. Zamawiający traktuje bowiem oba te zakresy tj.: 1) drogi i place oraz 2) zieleni na równorzędnym poziomie,

żaden zakres nie jest pomocniczy do drugiego, jeden nie zależy od drugiego. Nie można więc stawki Vat dla zieleni stosować do dróg i placów. Zieleni powinna mieć więc 8% Vat, a place i drogi – stawkę 23 % Vat.

Powyższe potwierdza dokumentacja przygotowana na potrzeby postępowaniu przez Zamawiającego:

- 1.Opis projektu technicznego „planuje się wykonanie wymiany chodnika z kostki betonowej typu cegielka w kolorze szarym wraz z podbudową. Projektowana jest również renowacja terenu zielonego za budynkiem”. Zamawiający jasno więc podzielił wymianę chodnika i renowację terenu zielonego na dwa różne zadania, bez wskazywania że jeden jest główny a drugi pomocniczy.
- 2.Przedmiar robót - rozdział „D. Zagospodarowanie terenu” Zamawiający podzielił prace na dwa oddzielne zadania: „D.a Droga i place” oraz „D.b Zieleni”.
- 3.Rysunek PZT - wyraźnie wskazuje, że chodniki służą do dojścia do budynku (wejścia do trzech klatek schodowych), a nie do korzystania z zieleni, jak wskazał Przystępujący. Odwołujący złożył w załączeniu rysunek PZT z zaznaczonym na żółto „projektem wymiany nawierzchni chodnika”, oraz dojściem do budynku (wejścia do trzech klatek schodowych zaznaczone czerwonym kółkiem).
- 4.Zdjęcia z wizji lokalnej - pokazują istniejący chodnik, który prowadzi do wejść do budynku, a nie do korzystania z zieleni.

Z dokumentacji na podstawie której Zamawiający prowadzi postępowanie wynikało, że oba zakresy mają charakter równoważny, żaden z nich nie zakresem pomocniczym. Nie wynika również, aby drogi i place były drobnymi pracami wobec zakresu zieleni. Powodowało to więc konieczność zastosowania stawki na ten zakres w wysokości 23%, a nie 8%.

Powyższe argumenty potwierdza też Prawo budowlane (art. 34), zgodnie z którym projekt zagospodarowania terenu jest częścią projektu budowlanego i obejmuje więcej elementów niż tylko zieleni. Obejmuje bowiem też min. sieci uzbrojenia terenu, urządzenia budowlane sytuowane poza obiektem budowlanym, układ komunikacyjny. Zieleni więc jest jednym z elementów zagospodarowania, a nie głównym elementem tego zagospodarowania - jak twierdził Przystępujący.

Odwołujący wskazał, że jego stanowisko znajduje również potwierdzenie w Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług. W rozporządzeniu Rady Ministrów w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) z 4 września 2015 roku usługi związane

z zagospodarowaniem terenów zieleni (PKWiU 81.30) obejmują m. in. usługi budowlane

w zakresie drobnych prac związanych z zagospodarowaniem pozostałych terenów zieleni (kształtowania terenu, budowy ścian oporowych, ścieżek spacerowych itp.). W tej sprawie usług dotyczących budowy dróg i placów nie można było potraktować jako prac drobnych

i pomocniczych, związanych z zagospodarowaniem terenów zieleni, gdyż ich wartość zgodnie z ofertą Przystępującego wynosiła 19 616,40 zł, podczas gdy prace dotyczące zieleni, które Przystępujący traktował jako zakres główny w zagospodarowaniu terenu to 18 869,42 zł.

Tym samym prace pomocnicze byłyby droższe niż prace podstawowe, co przeczyło możliwości zastosowania stawki 8% na wykonanie dróg i placów.

Podział zakresów na prace główne i pomocnicze należało traktować tylko jako interpretację Przystępującego. Zgodnie zaś z przepisami ustawy o VAT zasadą jest opodatkowanie według stawki podstawowej. Wszelkie obniżone stawki i zwolnienia od podatku należy interpretować ściśle. Zarówno wykonanie placów i chodników oraz zieleni jest traktowane przez Zamawiającego oddzielnie. Ich wyodrębnienie jest możliwe. Powoduje to że winny być zastosowane 2 stawki (23 i 8%) a nie jedna preferencyjna stawka w wysokości 8%.

Wszyscy pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu zastosowali również stawki mieszane (23% na drogi i place oraz stawka 8% na zieleń).

Powyższe ma również istotne znaczenie podczas wykonywania umowy. Obowiązek wystawienia w trakcie realizacji umowy faktury już ze stawką prawidłową (tj. 23%) spowoduje, że wynagrodzenie Przystępującego będzie niezgodne z wynagrodzeniem wskazanym w jego ofercie i umowie.

14 grudnia 2023 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględni je w całości.

18 grudnia 2023 r. Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania. W piśmie procesowym z tego dnia Przystępujący ustosunkował się do zarzutów odwołania i wniósł

o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Przystępujący wskazał m. in.:

Przystępujący wskazał w skierowanych do Zamawiającego wyjaśnieniach podstawę prawną dla zastosowania przez Przystępującego obniżonej stawki VAT wynoszącej 8% w części oferty dotyczącej części 1 zamówienia, obejmującej zagospodarowanie terenu. Był nią art. 41 ust. 2 w zw. z art. 146ea pkt 2 Ustawy o podatku od towarów i usług w zw. z poz. 52 załącznika nr 3 do Ustawy o podatku od towarów i usług, zwanej dalej Ustawą o VAT.

Zgodnie z art. 41 ust. 2 Ustawy o VAT dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3

do Ustawy o VAT, innych niż klasyfikowane według Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług

w grupowaniu usługi związane z wyżywieniem (PKWiU 56), stawka podatku wynosi 7% (art. 41 ust. 2 Ustawy o VAT). Z kolei art. 146ea pkt 2 Ustawy o VAT przewiduje, iż stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 2, art. 120 ust. 2 i 3 oraz tytule załącznika nr 3 Ustawy o VAT, wynosi 8%. W pozycji 52 załącznika nr 3 do Ustawy o VAT („Wykaz towarów i usług opodatkowanych stawką podatku w wysokości 7%”) wskazano, że obniżoną do 8% stawką podatku od towarów i usług objęte są usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni należące do klasy 81.30 Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług.

Jak wynika z Wyjaśnień do Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU 2015) (zamieszczonych na oficjalnej stronie internetowej Głównego Urzędu Statystycznego)

klasa ta obejmuje m. in. grupowanie 81.30.12.0 „Usługi związane z zagospodarowaniem pozostałych terenów zieleni”, które obejmuje m.in.: usługi dokonywania zasadzeń, pielęgnację i utrzymanie parków i ogrodów przy domach wielomieszkaniowych a także usługi projektowe

i budowlane w zakresie drobnych prac związanych z zagospodarowaniem pozostałych terenów zieleni (kształtowania terenu, budowy ścian oporowych, ścieżek spacerowych itp.).

Zgodnie z przedstawionym przez Przystępującego kosztorysem w ramach prac obejmujących zagospodarowanie terenu ujęte zostały następujące pozycje:

4.1 Drogi i place :

- Ręczne rozebranie nawierzchni z płyt chodnik, na podsypce: piaskowej, z wypełn. spoin piaskiem,
- Wywiezienie gruzu samochodami samowyładowczymi na odległość do 1 km,
z załadowaniem i wyładowaniem – z rozbieranych konstrukcji: żwirobotonowych
i żelbetowych,
- Dodatek do wywozu gruzu samochodami samowyładowczymi, za każdy 1 km powyżej pierwszego, bez względu na rodzaj konstrukcji; - dalsze 9 km,
- Ręczne wykonanie koryt na całej szerokości w gruncie kategorii II, o głębokości:
20 cm,
- Ręczne profilowanie i zagęszczenie podłoża pod warstwy konstrukcyjne nawierzchni

– kategoria gruntu: III-IV,

- Wywóz ziemi samochodami samowyładowczymi na odległość do 1 km, z załadowaniem i wyładowaniem gruntu kategorii: III,
- Dodatek do ziemi samochodami samowyładowczymi, za każdy 1 km powyżej pierwszego; - dalsze 9 km,
- Warstwy odsączające w korycie i na poszerzeniach – zagęszczenie ręczne: grubość warstwy po zagęszczeniu: 10 cm,
- Obrzeża betonowe 20x6 cm, na podsypce: piaskowej, z wypełn. spoin piaskiem (obramowanie trawnika).

Wykonanie wszystkich wymienionych powyżej prac jest niezbędne dla umożliwienia urządzenia na objętym nimi terenie trawników oraz wykonania nasadzeń krzewów – vide pozycja 4.2 kosztorysu – Zieleń, obejmująca:

- Ręczne przekopanie gleby na terenie płaskim, przy gruncie kat. I-II: zadarnionym,
- Ręczne rozrzućenie na terenie płaskim mieszanki z torfu i nawozów mineralnych, przy grubości warstwy: 2 cm,
- Przywóz ziemi (torfu) samochodami samowyładowczymi, z załadowaniem i wyładowaniem,
- Wykonanie trawników dywanowych siewem z nawożeniem, w gruncie kat. I-II,
- Sadzenie krzewów liściastych form naturalnych na terenie płaskim, w gruncie kat. I-II, z zaprawieniem całkowitym dołów o średnicy i głębokości: 0,5 m,
- Sadzenie krzewów iglastych na terenie płaskim, w gruncie kat. I-II, z zaprawianiem ziemią dołów o średnicy i głębokości: 0,5 m.

Przy uwzględnieniu stanu faktycznego sprawy, w szczególności wielolokalowego charakteru budynku, w bezpośrednim sąsiedztwie którego realizowane będą objęte postępowaniem prace, czynności objęte pozycją 4.2 kosztorysu, tj. „Zieleń” kwalifikować należało jako mieszczące się w ramach usług dokonywania zasadzeń oraz pielęgnacji i utrzymania zieleni przy domach wielomieszkańczych, co pozwalało na objęcie ich grupowaniem 81.30.12.0 w ramach Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług.

Z kolei wykonanie działań wyszczególnionych w pozycji 4.1 kosztorysu jest w sposób funkcjonalny bezpośrednio związane z zagospodarowaniem terenów zieleni położonych

przy przedmiotowym budynku, bez podjęcia których niemożliwe będzie urządzenie trawników lub dokonanie nasadzeń krzewów. Biorąc jednocześnie pod uwagę zakres i charakter przedmiotowych prac wypada uznać, że podlegać one będą klasyfikacji jako usługi budowlane w zakresie drobnych prac związanych z zagospodarowaniem pozostałych terenów zieleni, również podlegające zaliczeniu do grupowania 81.30.12.0, co pozwala na zastosowanie w odniesieniu do nich obniżonej stawki podatku VAT w wysokości wynoszącej 8 %. Wynika

to w szczególności w sposób bezpośredni z treści cytowanych powyżej Wyjaśnień do Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU 2015), w których *expressis verbis* wskazano, że drobne prace związane z zagospodarowaniem terenów zieleni obejmują m. in. wykonanie ścieżek spacerowych.

W tym kontekście zaznaczenia dodatkowo wymaga, że żadna z pozycji przedmiaru stanowiącego element dokumentacji projektowej, na podstawie której miałyby zostać wykonane prace objęte Zamówieniem, w szczególności w części pod nazwą „Zagospodarowanie terenu” nie przewiduje wykonania nowego chodnika. Zwrócić należy także uwagę na treść Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót (STWiOR), stanowiącej element dokumentacji projektowej, która definiując przedmiar robót jako „kosztorys ślepy – wykaz robót podstawowych przewidzianych do wykonania z podaniem ich ilości” przewiduje m. in. w punkcie 1.5, iż „Realizacja robót budowlanych nastąpi na podstawie przedmiaru robót oraz ST, w których to dokumentach określono zakres i technologię ich wykonania. Wykonawca Robót jest odpowiedzialny za jakość ich wykonania oraz za ich zgodność z Przedmiarem Robót, ST i poleceniami Inspektora Nadzoru”. Następnie w punkcie 7.1 STWiOR wskazano: „Podstawą dokonania obmiaru jest załączony do materiałów przetargowych przedmiar robót. Obejmuje on m.in. szczegółowy opis robót określający wyszczególnienie i opis czynności wchodzących w zakres robót, sporządzony na podstawie dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót”. Kierując się zatem treścią przywołanych dokumentów nie ma podstaw do przyjmowania konieczności realizacji nowego chodnika. Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie ma podstaw do twierdzenia, by Zamawiający traktował odrębnie zakresy robót wymienionych w pozycjach „Drogi i place” oraz „Zieleń”.

Ich funkcjonalne powiązanie wynika nie tylko z ujęcia ich w jednej części przedmiaru,

tj. „Zagospodarowanie terenu”, ale przede wszystkim z celu jakim ma służyć ich realizacja, jakim jest spójne zagospodarowanie obszaru położonego w bezpośrednim sąsiedztwie remontowanego budynku, na który składają się przede wszystkim właśnie tereny zielone. Oczywistym winno być, że wydzielenie na takim obszarze dojsć do klatek

schodowych,

w których znajdują się wejścia do budynku służy ochronie roślin przed ich uszkodzeniem

lub zniszczeniem, w szczególności na skutek dowolnego przemieszczania się mieszkańców lub innych osób w razie zaniechania wyznaczenia ścieżek, po których mogą się oni poruszać. Jak wynika zarówno z przedłożonych razem z odwołaniem fotografii, jak i projektu zagospodarowania terenu obszary zielone mające podlegać renowacji w ramach Zamówienia położone są po obu stronach istniejącego obecnie chodnika, który ma zostać rozebrany,

a zatem wytyczenie przejścia umożliwiającego przemieszczanie się ludzi między terenami zielonymi i dotarcie w ten sposób do budynku niewątpliwie poczytywać należy za służące nie tylko korzystaniu z zieleni, ale i jej właściwej ochronie. Ponownie zaznaczyć należy,

że wykonanie ścieżek spacerowych przewidziane zostało wprost w Wyjaśnieniach do Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU 2015) jako stanowiące drobne prace związane

z zagospodarowaniem terenów zieleni.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła,

co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami, oferty Przystępującego oraz korespondencji między Zamawiającym a Przystępującym w zakresie wyjaśnień podstaw zastosowania stawki VAT równej 8% w części dotyczącej zagospodarowania terenu,
2. dokumentów złożonych przez Odwołującego jako załączniki do odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Niesporne między stronami był przebieg postępowania i chronologia zdarzeń prowadzących do wyboru, jako najkorzystniejszej części I postępowania oferty Przystępującego. Nie jest więc celowym powielanie opisu przedstawionego w tym zakresie w stanowiskach stron.

Izba potwierdza tym samym, że Przystępujący 21 listopada 2023 r. został przez Zamawiającego wezwany do wyjaśnienia przyczyn, dla których w kalkulacji ceny część pozycji z kosztorysu ofertowego zostało wycenionych z uwzględnieniem stawki VAT wynoszącej 8%.

Pytanie Zamawiającego z wezwania brzmiało:

„Ze złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny wynika, że Wykonawca na roboty budowlane zastosował nieprawidłową stawkę VAT w zakresie prac zewnętrznych związanych

z zagospodarowaniem terenu, dla których powinna ona wynosić 23%.

W związku z powyższym Zamawiający wzywa Wykonawcę do wyjaśnienia zastosowania innej stawki podatku VAT lub wskazania podstawy prawnej, która umożliwia zastosowanie stawki podatku VAT w wysokości 8% dla wykonania robót budowlanych”.

Pozycje kosztorysu ofertowego Przystępującego, których dotyczyło wezwanie do wyjaśnień to:

1. Ręczne rozebranie nawierzchni z płyt chodnik, na podsypce: piaskowej, z wypełn. spoin piaskiem,
2. Wywiezienie gruzu samochodami samowładowczymi na odległość do 1 km, z załadowaniem i wyładowaniem – z rozbieranych konstrukcji: żwirobotonowych i żelbetowych,
3. Dodatek do wywozu gruzu samochodami samowładowczymi, za każdy 1 km powyżej pierwszego, bez względu na rodzaj konstrukcji; - dalsze 9 km,
4. Ręczne wykonanie koryt na całej szerokości w gruncie kategorii I-II, o głębokości: 20 cm,

5. Ręczne profilowanie i zagęszczenie podłoża pod warstwy konstrukcyjne nawierzchni – kategoria gruntu: III-IV,

6. Wywóz ziemi samochodami samowładowymi na odległość do 1 km,

z załadowaniem i wyładowaniem gruntu kategorii: III,

7. Dodatek do ziemi samochodami samowładowymi, za każdy 1 km powyżej pierwszego; - dalsze 9 km,

8. Warstwy odsączające w korycie i na poszerzeniach – zagęszczenie ręczne: grubość warstwy po zagęszczeniu: 10 cm,

9. Obrzeża betonowe 20x6 cm, na podsypce: piaskowej, z wypełn. spoin piaskiem (obramowanie trawnika).

Objęcie powyższych pozycji obniżoną stawką VAT Przystępujący uzasadnił twierdzeniem,

że roboty te to usługi związane z zagospodarowaniem pozostałych terenów zieleni,

a w konsekwencji, że stawka ośmioprocentowa jest prawidłowa na podstawie art. 146ea pkt 2 Ustawy o podatku od towarów i usług. Przystępujący wskazał w swoich wyjaśnieniach:

„Jak wynika z Wyjaśnień do Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU 2015) (zamieszczonych na oficjalnej stronie internetowej Głównego Urzędu Statystycznego dostępnej pod adresem: (...)) klasa ta obejmuje m. in. grupowanie 81.30.12.0 „Usługi związane z zagospodarowaniem pozostałych terenów zieleni”, które obejmuje:

-usługi dokonywania zasadzeń, pielęgnację i utrzymanie: o parków i ogrodów

przy domach wielomieszkaniowych

przy budynkach użyteczności publicznej i częściowo publicznej (szkoły, szpitale, budynki administracyjne, kościoły itp.),

na terenach miejskich (parki miejskie, strefy zieleni, cmentarze itp.),

zieleni autostrad, ulic, dróg kolejowych i tramwajowych, brzegów dróg wodnych, w portach itp.,

przy budynkach przemysłowych i handlowych, o zieleni

budynków (zieleni fasad, ogrody na dachach i wewnątrz budynków itp.),

terenów sportowych (boiska do piłki nożnej, pola golfowe, itp.), terenów przeznaczonych do gier i zabaw na świeżym powietrzu i innych terenów rekreacyjnych (np. trawniki przeznaczone do zażywania kąpeli słonecznych),

wód stojących i płynących (zbiorniki wodne, bagna, stawy, baseny kąpielowe, fosy, strumyki, potoki, rzeki, systemy oczyszczania ścieków),

-zagospodarowanie terenów zieleni i dokonywanie zasadzeń w celu ochrony przed hałasem, wiatrem, erozją, oślepieniem lub dla ułatwienia widoczności,

-pozostałe usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni innych niż rolnicze

i leśne: renaturalizacja, rekultywacja, melioracja gruntów, tworzenie obszarów retencyjnych, zbiorników burzowych itp.,

-usługi projektowe i budowlane w zakresie drobnych prac związanych

z zagospodarowaniem pozostałych terenów zieleni (kształtowania terenu, budowy ścian oporowych, ścieżek spacerowych itp.)”.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SWZ:

„Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych w budynkach komunalnych położonych w Poznaniu przy ul. Nowe Zagórze 9-11/Wieżowej 71 oraz ul. Wojskowej 8

w podziale na 2 części:

1) ul. Nowe Zagórze 9-11/Wieżowa 71,

2) ul. Wojskowa 8 wraz z modernizacją zwolnionych lokali mieszkalnych usytuowanych w tym budynku.

Wspólny Słownik Zamówień:

Główny kod CPV: 45453000-7 - Roboty budowlane

Uzupełniające kody CPV:

45310000-3 - Roboty instalacyjne elektryczne

45210000-2 - Roboty budowlane w zakresie budynków

45260000-7 - Roboty w zakresie wykonywania pokryć i konstrukcji dachowych i inne podobne roboty specjalistyczne

45400000-1 - Roboty wykończeniowe w zakresie obiektów budowlanych

45410000-4 - Tynkowanie

45420000-7 - Roboty w zakresie zakładania stolarki budowlanej oraz roboty ciesielskie

45430000-0 - Pokrywanie podłóg i ścian

45440000-3 - Roboty malarskie i szklarskie

45450000-6 - Roboty budowlane wykończeniowe, pozostałe

45330000-9 - Roboty instalacyjne wodno-kanalizacyjne i sanitarne
45320000-6 - Roboty izolacyjne
45331000-6 - Instalowanie urządzeń grzewczych, wentylacyjnych i klimatyzacyjnych
45311000-0 - Roboty w zakresie okablowania oraz instalacji elektrycznych
45311100-1 - Roboty w zakresie okablowania elektrycznego
45311200-2 - Roboty w zakresie instalacji elektrycznych”.

W opisie przedmiotu zamówienia zawartym w SWZ brak jest informacji wskazujących na to, że przedmiot ten w jakimkolwiek stopniu obejmuje roboty związane z zagospodarowaniem terenu. Tego rodzaju informacje (dotyczące trawnika przy budynku) zawarte zostały w dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik do SWZ. W przedmiarze wskazane zostały następujące pozycje:

1. Ręczne przekopanie gleby na terenie płaskim, przy gruncie kat. I-II : zadarnionym,
2. Ręczne rozrzucenie na terenie płaskim mieszanki z torfu i nawozów mineralnych, przy grubości warstwy: 2 cm,
3. Przywóz ziemi (torfu) samochodami samowładowczymi, z załadowaniem i wyładowaniem,
4. Wykonanie trawników dywanowych siewem z nawożeniem, w gruncie : kat. I-II,
5. Sadzenie krzewów liściastych form naturalnych na terenie płaskim w gruncie kat. I-II, z zaprawieniem całkowitym dołów o średnicy i głębokości : 0,5 m,
6. Sadzenie krzewów iglastych na terenie płaskim, w gruncie kat. I-II, z zaprawianiem ziemią dołów o średnicy i głębokości : 0,5 m.

W dokumentacji projektowej informacje na temat zakresu zagospodarowania terenu zawarte zostały również w mapie do celów projektowych (plik o nazwie „00. Projekt zagospodarowania teren-PB”). Z tego dokumentu można dowiedzieć się, że w zakres zamówienia wchodzi

m. in. wymiana nawierzchni chodnika oraz renowacja zieleni.

Po przeprowadzeniu z dokumentacji postępowania, w tym przede wszystkim dokumentacji projektowej oraz ze zdjęć załączonych przez Odwołującego do odwołania Izba ustaliła,

że chodnik istniejący przy budynku pod adresem ul. Nowe Zagórze 9-11/Wieżowa 71 to chodnik w sposób nie budzący wątpliwości stanowiący ciąg komunikacyjny prowadzący do tego budynku. Ustalenie takie nie wymaga jakiegokolwiek wiedzy specjalistycznej w sytuacji, gdy z dokumentacji zdjęciowej jednoznacznie wynika, że chodnik prowadzi do drzwi wejściowych do budynku. Trudno przypisać mu inną funkcję mimo, że graniczy on z trawnikiem, którego renowacja wchodzi w zakres przedmiotu zamówienia.

W piśmie procesowym stanowiącym odpowiedź na zarzuty odwołania Przystępujący zawarł m. in. następującą argumentację:

„Z kolei wykonanie działań wyszczególnionych w pozycji 4.1 kosztorysu jest w sposób funkcjonalny bezpośrednio związane z zagospodarowaniem terenów zieleni położonych przy przedmiotowym budynku, bez podjęcia których niemożliwe będzie urządzenie trawników

lub dokonanie nasadzeń krzewów. Biorąc jednocześnie pod uwagę zakres i charakter przedmiotowych prac wypada uznać, że podlegać one będą klasyfikacji jako usługi budowlane w zakresie drobnych prac związanych z zagospodarowaniem pozostałych terenów zieleni, również podlegające zaliczeniu do grupowania 81.30.12.0, co pozwala na zastosowanie

w odniesieniu do nich obniżonej stawki podatku VAT w wysokości wynoszącej 8 %. Wynika

to w szczególności w sposób bezpośredni z treści cytowanych powyżej Wyjaśnień do Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU 2015), w których *expressis verbis* wskazano, że drobne prace związane z zagospodarowaniem terenów zieleni obejmują m. in. wykonanie ścieżek spacerowych (...).

Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie ma podstaw do twierdzenia, by Zamawiający traktował odrębnie zakresy robót wymienionych w pozycjach „Drogi i place” oraz „Zieleń”.

Ich funkcjonalne powiązanie wynika nie tylko z ujęcia ich w jednej części przedmiaru,

tj. „Zagospodarowanie terenu”, ale przede wszystkim z celu jakim ma służyć ich realizacja, jakim jest spójne zagospodarowanie obszaru położonego w bezpośrednim sąsiedztwie remontowanego budynku, na który składają się przede wszystkim właśnie tereny zielone. Oczywistym winno być, że wydzielenie na takim obszarze dojsć do klatek schodowych,

w których znajdują się wejścia do budynku służy ochronie roślin przed ich uszkodzeniem

lub zniszczeniem, w szczególności na skutek dowolnego przemieszczania się mieszkańców lub innych osób w razie zaniechania wyznaczenia ścieżek, po których mogą się oni poruszać (...) wytyczenie przejścia umożliwiającego

przemieszczania się ludzie między terenami zielonymi i dotarcie w ten sposób do budynku niewątpliwie poczytywać należy za służące nie tylko korzystaniu z zieleni, ale i jej właściwej ochronie. Ponownie zaznaczyć należy, że wykonanie ścieżek spacerowych przewidziane zostało wprost w Wyjaśnieniach do Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU 2015) jako stanowiące drobne prace związane z zagospodarowaniem terenów zieleni”.

W ocenie Izby powyższa argumentacja jest w sposób rażący nietrafna. Z dokumentacji zdjęciowej wynika, że trawnik mający być przedmiotem ochrony przed uszkodzeniem

lub zniszczeniem jest zwykłym skwerem przed budynkiem mieszkalnym. Nie ma on istotnych walorów skutkujących koniecznością zabezpieczenia w stopniu większym niż typowe miejskie trawniki. Uznając tym samym argumentację Przystępującego za prawidłową przyjąć

by należało, że podstawową funkcją chodników jest ochrona trawników przed ludźmi. Chodnik jest jednak częścią drogi przeznaczoną do ruchu pieszych. Taką też rolę należy przypisać chodnikowi objętemu przedmiotem zamówienia – trudno inaczej potraktować odcinek prowadzący od ulicy do drzwi wejściowych budynku. W konsekwencji Izba, szanując prawo Przystępującego do posłużenia się dowolną argumentacją na rzecz obrony oferty, uznała, że była ona tak jaskrawie nieprzystająca do ustalonego stanu faktycznego, że stanowiła dodatkowe potwierdzenie stanowiska Odwołującego.

W konsekwencji Izba uznała, że nie było podstaw do zastosowania stawki VAT odmiennej niż podstawowa. Skoro więc mimo tego Przystępujący przyjął do kalkulacji ceny stawkę niższą, ośmioprocentową to fakt ten należy zakwalifikować jako błąd w obliczeniu ceny, co wpisuje

się w istotę zarzutu podniesionego przez Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: