

WYROK
z dnia 10 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 09.04.2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 26.03.2013 r. przez wykonawcę **B..... G.....** prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą **F.P.H.U. Fresco-Eco B..... G.....**, ul. Knurowska 35a, 41-800 Zabrze w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę** **przez Miasta Świętochłowice reprezentowaną Prezydenta**

Świętochłowice,

ul. Katowicka 54, 41-600 Świętochłowice w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Pielęgnacja terenów zieleni miejskiej w parkach, skwerach i zieleńcach w obrębie miasta Świętochłowice w zakresie prac ogrodniczych i utrzymania czystości”

przy udziale wykonawcy **Rolnicza Spółdzielnia Produkcyjna „Maciejowice”, ul. Antoniów 1, 41-508 Chorzów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla rejonu nr 2 (Lipiny-Piaśniki) oraz dla rejonu nr 3

1

(Śródmieście), nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w ramach powyższych rejonów oraz w odniesieniu do rejonu nr 2 i 3 nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, jak również nakazuje w tym zakresie powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Gminę Świętochłowice reprezentowaną przez Prezydenta Miasta Świętochłowice, ul. Katowicka 54, 41-600 Świętochłowice i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **B..... G.....** prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą **F.P.H.U. Fresco-Eco B..... G.....**, ul. Knurowska 35a, 41-800 Zabrze
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) przez Zamawiającego - **Gminę Świętochłowice reprezentowaną przez Prezydenta Miasta Świętochłowice, ul. Katowicka 54, 41-600 Świętochłowice** na rzecz **B..... G.....** prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą **F.P.H.U. Fresco-Eco B..... G.....**, ul. Knurowska 35a, 41-800 Zabrze, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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
do wyroku z dnia 10 kwietnia 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 700/13

Zamawiający – Gmina Świętochłowice reprezentowaną przez Prezydenta Miasta Świętochłowice, ul. Katowicka 54, 41-600 Świętochłowice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Pielęgnacja terenów zieleni miejskiej w parkach, skwerach i zieleńcach w obrębie miasta Świętochłowice w zakresie prac ogrodniczych i utrzymania czystości”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest mniejsza od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 12.02.2013 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 1 z dnia 12.02.2013 r. pod pozycją 58114.

W dniu **22.03.2013 r.** Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **26.03.2013 r.** od powyższej decyzji Zamawiającego. Odwołujący wskazał, iż wnosi odwołanie z uwagi na niezgodność interpretacji przepisów skarbowych, stawki podatku od towarów i usług, przez zamawiającego.

W uzasadnieniu wskazał w zakresie zarzutów dla rejonu 2 Lipiny-Piaśniki, iż ujęte stawki VAT w kosztorysach na czynności dotyczących naprawy, malowania i mycia ławek oraz wymiany piasku w piaskownicach powinny być naliczone w wysokości 23% podatku VAT, jest zgodnie z przepisami nie właściwe ponieważ zamawiający określił w specyfikacji rodzaj wykonywanych prac, tj. pielęgnację terenów zieleni która to w PKWiU określona jest jak Konserwacja i utrzymanie terenów zieleni i obłożona jest 8% stawką podatku VAT. Ponadto wskazał, iż zamawiający określił zakres prac jako Prace ogrodnicze które w myśl słownika PKWiU obłożone są stawką 8% podatku VAT, również utrzymanie czystości jest obłożone stawką 8% podatku VAT słownik PKWiU - Utrzymanie czystości i porządku na terenach zewnętrznych.

Zdaniem Odwołującego stawka 23% rzeczywiście mogłaby być zastosowana w części dotyczącej - naprawy i malowania ławek pod warunkiem, iż te obiekty nie znajdowałyby się w terenach zieleni miejskiej lub gdyby zamawiający określił w zamówieniu część prac jako prace ogólnobudowlane. W ustalaniu wysokości stawek podatku od towarów

i usług wykonawcy muszą się kierować określeniami zgodnymi i przewidzianymi przez zamawiającego, które są następnie wyszukiwane w jednolitym słowniku dla PKWiU.

Zaliczenie czynności lub interpretacja niezgodna z danymi w zapytaniu lub specyfikacji jest wprowadzeniem wykonawcy w błąd czego, czego zdaniem Odwołującego, ustawa Prawo zamówień publicznych nie dopuszcza. W jego ocenie w żadnym wypadku mycie pomnika oraz ławek parkowych lub ulicznych według informacji uzyskanych w urzędzie skarbowym w Zabrze nie podlegają stawce podatku 23 % VAT tylko stawce podatku 8% VAT, z uwagi iż jest to czynność utrzymania porządku i czystości na terenach zewnętrznych. Jak wskazał Odwołujący według informacji urzędnika urzędu skarbowego mycie ławek, krzeseł, stołów i innych rzeczy w pomieszczeniach oraz utrzymanie czystości w pomieszczeniach np. biurowych jest obłożone stawką 23% podatku VAT, czego specyfikacja przetargowa nie przewidywała.

W zakresie zarzutu dla rejonu 3 Śródmieście wskazał, iż uważa za bezzasadne z tych samych względów jak wyżej. Nadmieniał, iż nie jest to pierwszy przetarg w którym bierze udział dla gminy Świętochłowice, a po wygranym przetargu w 2012 r., zajmował się utrzymaniem rejonu 2 i 3. Porównując zakres prac z 2012 r. oraz 2013 r. Odwołujący nie zauważa żadnych różnic poza zwiększeniem terenu do utrzymania i niezmiennie jest zdziwiony ponieważ przetarg został ogłoszony pod taką samą nazwą oraz takim samym zakresem prac co w 2013 r., i tak w 2012 r. dla prac które w tym roku zamawiający w swoich wyliczeniach określił jako podlegające podatkowi 23% w ubiegłym roku założył jako

podlegające 8% podatkowi (naprawa, malowanie i mycie ławek, mycie pomnika oraz wymiana piasku w piaskownicach).

Odwołujący nadmieniał, iż z uwagi na fakt częściowej zmiany przepisów o podatku od towarów i usług VAT, z początkiem roku 2013 zadał pytania odnośnie pielęgnacji terenów zieleni oraz utrzymania czystości na terenach zewnętrznych urzędnikowi urzędu skarbowego w Zabrzu i uzyskał odpowiedź, iż nie nastąpiły żadne zmiany w tych przepisach. Wskazał ponadto, iż zadał również pytanie, czy zmienił się sposób rozumienia terenów zieleni, i jak usłyszał nadal jest traktowany całościowo z całą infrastrukturą tj. z terenem zieleni niskiej, średniej, wysokiej oraz mała architektura do której niewątpliwie należą również ławki i piaskownice z piaskiem.

Ponadto Odwołujący podniósł, iż w innych przetargach w których brał udział w 2013 r. jest to również traktowane jak w interpretacji urzędnika urzędu skarbowego. W odniesieniu do wad w kosztorysie, podana zostały kwoty w rubryce VAT % ponieważ z uwagi na fakt, iż wszystko wskazuje na jedną stawkę VAT w wysokości 8%, uznane zostało za błąd w druku i odczytane jak w innych przetargach że zamawiający chce znać wysokość kwoty VAT podlegającej wpłacie do urzędu skarbowego i tak zostało to przez nas zinterpretowane i wypełnione.

4

Biorąc pod uwagę uzasadnienie zamawiającego w piśmie przesłanym faksem, podniósł, iż jest to jego strony błąd obrachunkowy który z mocy ustawy zamawiający może bez trudu usunąć za naszą zgodą, którą Odwołujący wyraził.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wniósł o unieważnienie odrzucenia złożonej przez niego oferty i ponowne rozpatrzenie zamówienia publicznego zgodnie z przepisami skarbowymi i jednolitym słownikiem PKWiU oraz przedstawionymi w specyfikacji słownikami zakresu prac przewidzianymi przez zamawiającego, które odnoszą się bezpośrednio do słownika PKWiU określając tym samym wysokość stawki podatku od towarów i usług VAT, lub unieważnienie zamówienia, oraz naliczenia stosownych kar zgodnie z ustawą Prawa zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego dla rejonu nr 2 oraz 3 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, korespondencją prowadzoną w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego, ofertą złożoną w postępowaniu przez Odwołującego, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby Odwołujący w ramach części zamówień dotyczących rejonu nr 2 i 3, ze względu na złożenie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia

5

czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazania dokonania powtórnego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania

o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści SIWZ, oferty złożonej przez Odwołującego w postępowaniu, korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami prowadzonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dowodów przywołanych przez Odwołującego i Zamawiającego w toku rozprawy, jak również ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

Izba za zasadniczy dowód uznała wydruk ze strony internetowej Głównego Urzędu Statystycznego zawierający wyjaśnienia odnoszące się do klasyfikacji PKWiU 2008 w odniesieniu do grupowania 81.30.10.0 „usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni” (www.stat.gov.pl/Klasyfikacje/wyjasnienia/pl_pkwiu_08/pl_pkwiu_08_81.30.10.0.html)

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, iż zarzuty podniesione w odwołaniu odnoszą się do zadania nr 2 (rejon Lipiny-Piaśniki) oraz zadania nr 3 (rejon Śródmieście). Przedmiotem zaskarżenia jest czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale 3 SIWZ zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia” wskazał, iż przedmiotem zamówienia jest pielęgnacja terenów zieleni miejskiej w parkach, na skwerach i zieleńcach w obrębie miasta Świętochłowice w zakresie prac ogrodnich i utrzymania czystości m.in. na poniższych terenach:

- rejon nr 2 Lipiny-Piaśniki – pielęgnacja terenów zieleni w zakresie prac ogrodnich i utrzymania czystości na obszarze 102 156 m²;

6

- rejon nr 3 Śródmieście - pielęgnacja terenów zieleni w zakresie prac ogrodnich i utrzymania czystości na obszarze 103 694 m².

Zamawiający dla przedmiotu zamówienia przypisał następujące kody CPV: przedmiot główny:

77313000-7 usługi utrzymania parków,

77310000-6 usługi sadzenia roślin oraz utrzymywania terenów zielonych,

przedmioty dodatkowe:

77342000-9 przycinanie żywopłotów,

77314100-5 usługi w zakresie trawników,

90400000-1 usługi utylizacji nieczystości,

39113600-3 ławki,

45111213-4 roboty w zakresie oczyszczania terenu.

Ponadto w ramach opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający zawarł w treści SIWZ następujące wymagania:

Szczegółowy zakres prac składających się na przedmiot zamówienia określają przedmiary, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, inwentaryzacja rejonów stanowiące załączniki nr 1,2,3 do specyfikacji.

UWAGI (według punktacji zawartej w SIWZ):

3. Zamiatanie ręczne lub mechaniczne alejek parkowych będzie wykonywane 1 raz w tygodniu na podstawie ustalonego harmonogramu, usuwanie chwastów i odsłanianie krawężników wykonywane powinno być na bieżąco.

4. Wszystkich prace ogrodnicze i inne za wyjątkiem bieżącego utrzymania czystości, koszenia trawy i wygrabiania liści powinny być wykonywane w godzinach 7⁰⁰ do 15⁰⁰.

5. Wykonawca powinien powiadomić inspektora nadzoru o zamiarze wykonania tych prac z jednodniowym wyprzedzeniem.

6. Zamawiający wymaga umieszczania i wymiany worków na odpady w koszach na śmieci.

7. Wymiana desek ławek parkowych o wymiarach dł.200 cm ,szer.14 cm, gr.4 cm.
8. Wymiana szczelbli ławek parkowych o wymiarach dł.180,szer.7 cm, gr.4 cm.
9. Malowanie desek i szczelbli ławek parkowych – należy zachować istniejącą kolorystykę.
10. Wymiana piasku w piaskownicach warstwą grubości 0,5 m.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale 10 SIWZ zatytułowanym „Opis sposobu przygotowania oferty” wskazał, iż wykonawcy zobowiązani są m.in. złożyć wypełnione kosztorysy ofertowe na poszczególne rejonry (pkt 8 str. 9 SIWZ).

W Rozdziale 13 SIWZ zatytułowanym „Opis sposobu obliczenia ceny oferty” Zamawiający wskazał, co następuje.

7

Cenę oferty Wykonawca ustali po sporządzeniu kosztorysu ofertowego w oparciu o załączone do specyfikacji następujące dokumenty: przedmiary prac, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót, inwentaryzacje rejonów. Wszystkie ceny powinny zawierać w sobie ewentualne upusty proponowane przez wykonawcę. Dane cenowe do kosztorysowania, określone przez wykonawcę będą stałe przez cały okres realizacji umowy. Wykonawca nie może pominąć w kosztorysie ofertowym żadnej pozycji z formularza kosztorysu. W przypadku dokonania wyceny danej pozycji kosztorysu w innej pozycji, przy pozycji nie wycenionej należy podać numer pozycji gdzie wyceniono dane prace.

Cena ofertowa powinna zawierać wszystkie koszty niezbędne do wykonania całości przedmiotu zamówienia.

Cena ofertowa brutto oraz cena ofertowa netto i wartość podatku VAT na formularzu ofertowym powinny być zgodne z wyliczeniem w zbiorczym zestawieniu kosztów.

Jeżeli wykonawca nie wyceni wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego, wówczas Zamawiający uzna, że oferta nie dotyczy realizacji całego przedmiotu zamówienia, w związku z czym zostanie odrzucona z mocy art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy.

Obliczeń należy dokonać z dokładnością do pełnych groszy (z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, zarówno przy kwotach netto, VAT jak i brutto), przy czym końcówki poniżej 0,5 grosza pomija się, a końcówki 0,5 grosza i wyższe zaokrągla się do 1 grosza.

Zamawiający Cenę oferty Wykonawca ustali po sporządzeniu kosztorysu ofertowego w oparciu o załączone do specyfikacji następujące dokumenty: przedmiary prac, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót, inwentaryzacje rejonów. Wszystkie ceny powinny zawierać w sobie ewentualne upusty proponowane przez wykonawcę. Dane cenowe do kosztorysowania, określone przez wykonawcę będą stałe przez cały okres realizacji umowy. Wykonawca nie może pominąć w kosztorysie ofertowym żadnej pozycji z formularza kosztorysu. W przypadku dokonania wyceny danej pozycji kosztorysu w innej pozycji, przy pozycji nie wycenionej należy podać numer pozycji gdzie wyceniono dane prace.

Zamawiający jako załączniki do SIWZ (załącznik nr 1) przekazał wykonawcom przedmiary dla poszczególnych rejonów, z podziałem na poszczególne czynności (kolumna – zakres prac) oraz kolumnami zatytułowanymi: jednostka mary, ilość, cena jednostkowa, wartość netto, Vat (%) oraz wartość brutto.

Jako załącznik nr 2 Zamawiający wraz z treścią SIWZ przekazał wykonawcom specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót, w której określił m.in.:

4. WYMAGANIA DOTYCZĄCE WYKONYWANIA ROBÓT

4.1 Ogólne warunki wykonania robót

8

4.1.1 Naprawa i konserwacja ławek parkowych:

- Remont ławek parkowych (wymiana lub uzupełnienie desek – średnio 2 deski w sezonie);
- Malowanie farbą olejną ławek parkowych (w kolorze dobranym do istniejącego – 1 raz w sezonie);
- Mycie ławek parkowych (wraz z opłukaniem – średnio 1 raz w sezonie).

4.1.2 Wymiana piasku w piaskownicach:

- Załadunek i wywóz piasku z piaskownic;
- Zakup piasku;

- Dowóz piasku środkami transportu;
 - Rozplantowanie piasku w piaskownicy warstwą 0,5 m (2 razy w sezonie).
- 4.1.3 Oczyszczenie terenu z zanieczyszczeń:
- Zebranie i złożenie zanieczyszczeń w przyłamy;
 - Załadunek na środki transportowe;
 - Wywiezienie zanieczyszczeń z terenu wykonywanych robót wraz z wyładowaniem odpadów na składowisku.

Izba ponadto ustaliła, iż Zamawiający w treści załącznika nr 10 do SIWZ (wzór umowy) wskazał w § 4 zatytułowanym „Zapłata wynagrodzenia”, iż strony ustalają, że za wykonanie przedmiotu niniejszej umowy Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie płatne ze środków Budżetu Gminy dział 900 rozdział 90004 § 4300 uzgodnione na podstawie kosztorysu ofertowego (...) (ust. 1) oraz, że należne Wykonawcy wynagrodzenie będzie płacone na podstawie faktur częściowych wraz z protokołami odbioru i kosztorysami powykonawczymi, wystawionymi przez Wykonawcę do 5 dni po zakończeniu miesiąca.

Odwolujący w złożonej ofercie dla rejonów nr 2 oraz 3 zastosował do wyliczenia wynagrodzenia jednolitą preferencyjną stawkę podatkową podatku od towarów i usług w wysokości 8%. Powyższe zostało potwierdzone przez Odwołującego w toku rozprawy.

W dniu 22.03.2013 r. Zamawiający poinformował wykonawców, iż w zakresie zadania nr 2 oraz 3, dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Rolnicza Spółdzielnia Produkcyjna „Maciejowice” z siedzibą w Chorzowie oraz odrzucił ofertę złożoną przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp ze względu na błąd w obliczeniu ceny. Wskazał w uzasadnieniu, iż Odwołujący w sposób nieuprawniony zastosował stawkę preferencyjną w wysokości 8% dla całego przedmiotu zamówienia, gdyż w odniesieniu do czynności wymiany piasku w piaskownicach, malowania i renowacji ławek oraz mycia pomnika winien zastosować stawkę podstawową w wysokości 23%.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł w dniu 26.03.2013 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

W odniesieniu do podniesionego przez Odwołującego zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z postępowania jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny poprzez wskazanie złej stawki podatku VAT Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie.

Należy w pierwszej kolejności wskazać, iż osią sporu pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym się jest kwestia związana z zastosowaniem w ramach obliczenia ceny stawki podatku od towarów i usług. W ocenie Odwołującego kompleksowa usługa, stanowiąca przedmiot zamówienia, winna zostać opodatkowana stawką preferencyjną w wysokości 8%, zaś w ocenie Zamawiającego dla pozycji dotyczących naprawy, malowania i mycia ławek parkowych oraz pozycji obejmującej wymianę piasku w piaskownicach winna zostać zastosowana stawka podstawowa w wysokości 23%, gdyż pozycje te nie są związane z utrzymaniem zieleni jako nie wymienione w treści załącznika nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług.

Izba wskazuje, iż określona przez Zamawiającego w treści projektu umowy forma wynagrodzenia w postaci powykonawczej determinuje znaczenie przedmiarów – tym samym wykonawcy winni prawidłowo wyliczyć nie tylko wynagrodzenie sumaryczne, ale również jego poszczególne składniki. Powyższe winno dotyczyć również stawki i wartości podatku VAT – co wynika m.in. z uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. wydanego w sprawie prowadzonej pod sygn. akt III CZP 52/11.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż Zamawiający w postanowieniach SIWZ nie dokonał wiążącego ustalenia stawki podatku od towarów i usług. Tym samym Izba wskazuje, iż Zamawiający pozostawił wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia pełną dowolność w ukształtowaniu ceny ofertowej pod względem danin publicznych.

Podnieść należy, iż na podstawie art. 5a ustawy o podatku od towarów i usług (tekst jednolity Dz. U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 z późn. zm.) podstawą ustalenia właściwej dla danej usługi stawki podatku od towarów i usług jest dokonanie prawidłowej klasyfikacji danej czynności w oparciu o Polską Klasyfikację Wytrobów i Usług (dalej PKWiU). Dopiero

dokonanie tej czynności umożliwia ustalenie, czy czynność stanowiąca podstawę powstania obowiązku podatkowego jest opodatkowana stawką podstawową, czy też stawką preferencyjną.

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

10

Z zawartych na stronie Głównego Urzędu Statystycznego (www.stat.gov.pl) wytycznych Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego wynika, iż to podatnik sam dokonuje klasyfikacji prowadzonej przez siebie działalności. Takie stanowisko również reprezentują również organy skarbowe m.in. w ramach wydawanych indywidualnych interpretacji podatkowych.

Odwolujący w toku rozprawy wskazał, iż do wyliczenia wynagrodzenia zastosował jednolitą preferencyjną stawkę podatku VAT w wysokości 8% wskazując, iż świadczenie obejmujące konserwację obiektów małej architektury jest świadczeniem ubocznym i małej wartości. Ponadto na potwierdzenie swojego stanowiska przywołał dwie interpretacje indywidualne (Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy i Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu), w których organy skarbowe dopuściły tego rodzaju mechanizm obliczania podatku. Izba wskazuje, iż interpretacje te nie mogą stanowić wykładni przepisów prawa i nie mają one charakteru wiążącego – a zatem stanowią li tylko element wzmacniający argumentację strony. Odwołujący wskazał również, iż taką możliwość określenia stawki podatkowej daje art. 6 ust. 4 ustawy Pzp. Izba wskazuje, iż przepisy art. 6 ust. 1 – 4 ustawy Pzp nie znajdują zastosowania do czynności ustalania wartości i stawki podatku od towarów i usług. Są one przepisami zupełnie innej gałęzi prawa. Wyrażone w nich normy prawne wyrażają swego rodzaju reguły kolizyjne w sytuacji, gdy ustawa Pzp uzależnia stosowanie określonych instytucji od przedmiotu zamówienia, zaś świadczenie ma charakter złożony i dochodzi do zbiegu przepisów. Wówczas należy stosować przepisy właściwe dla tego przedmiotu świadczenia, którego wartość jest wyższa lub które stanowią świadczenie zasadnicze (główne).

Należy również wskazać, iż brak jest normy prawnej regulującej stosowanie jednolitej stawki podatku VAT. Instytucja ta została bowiem wykreowana przez europejskie i krajowe orzecznictwo. Znajduje ona również aprobatę organów skarbowych i Ministerstwa Finansów.

Choć ustawa o podatku od towarów i usług nie zawiera uregulowań dotyczących stosowania jednolitych stawek podatku VAT powyższa kwestia jest postrzegana dość jednolicie w orzecznictwie i doktrynie. Liczne orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego, Wojewódzkich Sądów Administracyjnych oraz interpretacje organów podatkowych wskazują na dopuszczalność tego rodzaju mechanizmu oraz wskazują ogólne wytyczne przy jego stosowaniu. Oznacza to, iż istnieją ogólne reguły, jakimi kierować się winni podatnicy przy ustalaniu podstawy opodatkowania dla czynności złożonych z dostaw i usług opodatkowanych w oparciu o różne stawki podatku VAT lub czynności jednolitych, w skład których wchodzi dostawy lub usługi zróżnicowane tylko podstawą opodatkowania.

Jeżeli przedmiotem umowy są usługi utrzymania, zagospodarowania i konserwacji terenów zielonych opodatkowane stawką preferencyjną VAT w wysokości 8%, w ramach

11

których dojdzie do dostawy i usług remontowych obiektów małej architektury, które to czynności są opodatkowane stawką podstawową VAT w wysokości 23%, wówczas do całej usługi podatnik może zastosować jednolitą stawkę podatku VAT w wysokości 8%, tj. właściwej dla świadczenia głównego. W tym wypadku będą to usługi zamykania śmieci i usuwania śniegu (PKWiU 81.29.12.0) oraz usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni (PKWiU 81.30.10.0) – wskazane w załączniku nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług.

W tym zakresie należy wskazać na uzasadnienie wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 20 listopada 2008 r. (sygn. akt I FSK 1512/07), w którym zostało wskazane, że: „Podział czynności opodatkowanych VAT dokonywanych na terytorium kraju ma charakter dychotomiczny - czynność stanowi albo dostawę towarów albo świadczenie usług. (...) W sytuacji, gdy czynność ma charakter kompleksowy, o jej istocie, a zarazem wysokości stawki VAT, powinna przesądzać czynność główna. (...) A zatem dokonana przez

spółkę czynność polegająca na wyprodukowaniu więźby dachowej, a następnie jej dostarczeniu i zamontowaniu na budynku mieszkalnym, jako wykonanie całej inwestycji, stanowi usługę budowlaną – montażową, a nie dostawę towarów. (...) W związku z tym, że w odniesieniu do robót budowlanych – montażowych związanych z budownictwem mieszkalnym do 31.12.2007 r. zastosowanie miała 7% stawka VAT, usługa powyższa dokonywana przed 01.01.2008 r. powinna być opodatkowana według tej właśnie stawki". Tym samym dokonanie dostawy lub świadczenie ubocznej usługi w ramach realizacji usługi zasadniczej powoduje, że czynności te podlegają opodatkowaniu w oparciu o stawkę podatku VAT dla czynności głównej, tj. w tym wypadku podlegają opodatkowaniu w oparciu o jednolitą stawkę 8% właściwą dla usług porządkowych i związanych z zagospodarowaniem terenów zieleni.

Powyższe znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. W przywołanej przez Odwołującego interpretacji indywidualnej wydanej przez Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu (ILPP2/443-109/12-2/MN) wskazano na orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawach C-349/96 (Card Protection Plan Ltd), C41/04 (Leyob Verzekeringen BV and OV Bank) oraz C-111/05 (Aktiebolagen NN and Skatteverket) w których Trybunał wskazał, iż istnieją świadczenia złożone, w których obok usług głównych występują świadczenia pomocnicze.

Odnosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszego sporu wskazać należy, iż zasadniczy charakter w ramach przedmiotowego postępowania posiada usługa obejmująca pielęgnację zieleni miejskiej w parkach, na skwerach i zieleńcach – a więc utrzymanie terenów zielonych. Za świadczenie pomocnicze w odniesieniu do powyższej usługi uznać należy wymianę piasku w piaskownicach, mycie pomnika oraz malowanie i renowację ławek. Te ostatnie czynności są konsekwencją nałożenia na wykonawców obowiązków związanych z kompleksowym utrzymaniem terenów zielonych i tylko sam fakt, iż są to

12

czynności innego rodzaju niż czynności zasadnicze, nie pozwala na ich odmienne traktowanie pod względem podatkowym. Mają one bowiem charakter subsydiarny wobec świadczenia głównego i to rodzaj tego ostatniego przesądzał będzie o ich podatkowej kwalifikacji.

Jak wyżej wskazano ustalenia wymaga, w oparciu o opis przedmiotu zamówienia zawarty w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ, zakres czynności składających się na przedmiotową usługę. Przyporządkowanie opisanym przez Zamawiającego usługom określonej grupy w oparciu o nomenklaturę PKWiU umożliwi ustalenie, czy usługa ta podlega opodatkowaniu w oparciu o stawkę podstawową, czy też w oparciu o stawkę preferencyjną podatku od towarów i usług.

Nie ulega wątpliwości, iż biorąc pod uwagę postanowienia SIWZ (Rozdział 3 – opis przedmiotu zamówienia) oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (załącznik nr 2 do SIWZ) zasadniczym przedmiotem zamówienia są usługi pielęgnacji i utrzymania terenów zielonych oraz usługi utrzymania czystości. Tym samym Izba za słuszne uznała przypisanie przez Odwołującego tym czynnościom grupowania z klasyfikacji PKWiU o nr 81.30.10.0 (usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni). Jak wynika bowiem z przywołanego przez Odwołującego dowodu w postaci wyjaśnień ze strony Głównego Urzędu Statystycznego – wyjaśnienia do klasyfikacji PKWiU 2008 (adres: www.stat.gov.pl/Klasyfikacje/wyjasnienia/pl_pkwiu_08/pl_pkwiu_08_81.30.10.0.html) grupowanie to obejmuje m.in. usługi dokonywania zasadzeń, pielęgnację i utrzymanie parków i ogrodów; sadzenie i pielęgnację drzew i innych roślin oraz usługi projektowe i budowlane w zakresie drobnych prac związanych z zagospodarowaniem terenów zieleni (kształtowania terenu, budowy ścian oporowych, ścieżek spacerowych itp.). W ocenie Izby powyższe powoduje, iż nie sposób uznać za prawidłową dokonaną w toku rozprawy przez Zamawiającego interpretację tego grupowania, iż dotyczy ono tylko i wyłącznie terenów nowo zagospodarowywanych – a nie już istniejących. Wszakże pojęć „pielęgnacja” oraz „utrzymanie” nie sposób odczytać inaczej, jak właśnie utrzymanie terenów zielonych. Ponadto, na co wskazał Odwołujący w załącznikach do pisma procesowego, ustawa z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody w art. 5 pkt 21 definiuje tereny zieleni jako obszary wraz z infrastrukturą techniczną i budynkami funkcjonalnie z nimi związanymi, pokryte roślinnością, znajdujące się w granicach wsi o zwartej zabudowie lub miast, pełniące funkcje estetyczne, rekreacyjne, zdrowotne, lub osłonowe, a w szczególności parki, zieleńce, promenady, bulwary, ogrody botaniczne, zoologiczne, jordanowskie i zabytkowe oraz

cmentarze, a także zieleni towarzysząca ulicom, placom, zabytkowym fortyfikacjom, budynkom, składowiskom, lotniskom oraz obiektom kolejowym i przemysłowym.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby, Odwołujący wykazał, iż prawidłowo sklasyfikował zamawiane w niniejszym postępowaniu usługi i tym samym wykazał, iż miał podstawy do zastosowania jednolitej preferencyjnej stawki podatkowej w wysokości 8% dla całego zamówienia.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Przewodniczący:

.....