

WYROK

z dnia 2 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska  
Członkowie: Barbara Bettman

Rafał Zadrozny

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 27 lutego 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lutego 2018 r. przez wykonawcę J. Ż. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Galeria Czystości J. Ż.” z siedzibą w Pile w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie przy udziale wykonawcy SUEZ Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie o sygn. akt KIO 292/18 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu: odrzucenie oferty wykonawcy SUEZ Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wykonawcy Spectare sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018, dalej „ustawa pzp”), z uwagi że zastosowanie przez wykonawców stawki podatku VAT w wysokości 8% stanowi błąd w obliczeniu ceny, gdyż wykonawcy powinni zastosować różne stawki podatku VAT dla poszczególnych usług, a mianowicie stawkę 8% podatku VAT dla usług mycia i czyszczenia (pkt 1-3 oraz 6-8 formularza cenowego) oraz stawkę 23% podatku VAT dla usług zabezpieczenia powłoką (pkt 4-5 formularza cenowego) oraz nakazuje unieważnienie postępowania - na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp - ponieważ w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu,

2. Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za niezasadne;

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Miasto Stołeczne Warszawa Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie i

3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę J. Ż. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Galeria Czystości J. Ż.” z siedzibą w Pile tytułem wpisu od odwołania

3.2. Zasądza od zamawiającego Miasta Stołecznego Warszawa Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie na rzecz wykonawcy J. Ż. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Galeria Czystości J. Ż.” z siedzibą w Pile kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony 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 2017 r., poz. 1579, 2018) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

Sygn. akt KIO 292/18

#### Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Stołeczne Warszawa Zarząd Dróg Miejskich w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Czyszczenie drogowych obiektów inżynierskich

i ekranów akustycznych zlokalizowanych na terenie m. st. Warszawy”, nr sprawy: DPZ/150/PN/134/17. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 16 grudnia 2017 r. za numerem 2017/S 242-503212. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem były usługi, była wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018 zwanej dalej „ustawą pzp”).

W dniu 16 lutego 2018 r. odwołanie wniósł wykonawca J. Ż. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Galeria Czystości J. Ż.” z siedzibą w Pile - dalej Odwołujący.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w postępowaniu polegających na:

- 1) odrzuceniu oferty Odwołującego,
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy SUEZ Polska Sp. z o. o. (dalej Przystępujący SUEZ),
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Spectare Sp. z o. o. (dalej Spectare).

Zaskarżanym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp poprzez:

- 1) odrzucenie oferty Odwołującego jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki podatku VAT w wysokości 23 %, podczas gdy stawka podatku VAT zastosowana przez Odwołującego jest prawidłowa;
- 2) zaniechanie odrzucenia oferty SUEZ jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki podatku VAT w wysokości 8 %, podczas gdy prawidłowa stawka podatku VAT, którą powinna być zostać uwzględniona przez tego wykonawcę na etapie składania oferty, wynosi 23 %;
- 3) zaniechanie odrzucenia oferty Spectare jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki podatku VAT w wysokości 8 %, podczas gdy prawidłowa stawka podatku VAT, która powinna być zostać uwzględniona przez tego wykonawcę na etapie składania oferty, wynosi 23 %.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

- 4) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty SUEZ;
- 5) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Spectare;
- 6) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący podkreślił, że odwołanie zostało złożone w terminie, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, ponieważ informacja o czynności stanowiącej podstawę wniesienia odwołania tj. zawiadomienie o odrzuceniu ofert została mu przekazana w dniu 7 lutego 2018 r.

Odwołujący wskazał, że posiada interes do wniesienia odwołania oraz może ponieść szkodę na skutek zarzuczanych działań i zaniechań Zamawiającego. Mianowicie, gdyby Zamawiający nie odrzucił oferty Odwołującego oraz odrzuciłby oferty SUEZ i Spectare oferta Odwołującego zostałaby sklasyfikowana jako pierwsza w rankingu ofert. Niezgodne z przepisami ustawy czynności Zamawiającego pozbawiają go zatem możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołujący przedstawił stan faktyczny wskazując, że przedmiotem zamówienia jest czyszczenie drogowych obiektów inżynierskich i ekranów akustycznych zlokalizowanych na terenie m. st. Warszawy. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Prac (STWiOP), stanowiącej rozdział V specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Zgodnie z STWiOP w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi:

1. mycie ekranów akustycznych zlokalizowanych w ciągach dróg krajowych, wojewódzkich i powiatowych na terenie m. st. Warszawy oraz ekranów akustycznych przekazanych do eksploatacji Zamawiającemu w trakcie trwania umowy;
2. usuwanie graffiti z ekranów akustycznych oraz z drogowych obiektów inżynierskich zlokalizowanych w ciągach dróg krajowych, wojewódzkich i powiatowych na terenie m. st. Warszawy oraz z obiektów przekazanych do eksploatacji Zamawiającemu w trakcie trwania umowy;
3. usuwanie plakatów z ekranów akustycznych oraz z drogowych obiektów inżynierskich zlokalizowanych w ciągach dróg krajowych, wojewódzkich i powiatowych na terenie m. st. Warszawy oraz z obiektów przekazanych do eksploatacji Zamawiającemu w trakcie trwania umowy;
4. zabezpieczanie ekranów akustycznych i drogowych obiektów inżynierskich zlokalizowanych w ciągach dróg krajowych, wojewódzkich i powiatowych na terenie m. st. Warszawy, przed umieszczaniem graffiti i plakatów permanentnymi/trwałym systemem powłokowym na bazie silikonów i/lub silikatów;
5. zabezpieczanie ekranów akustycznych i drogowych obiektów inżynierskich zlokalizowanych w ciągach dróg krajowych, wojewódzkich i powiatowych na terenie m. st. Warszawy przed umieszczaniem graffiti i plakatów zmywalnym systemem powłokowym na bazie mikro-wosków;
6. mycie gzymsów drogowych obiektów inżynierskich zlokalizowanych w ciągach dróg krajowych, wojewódzkich i powiatowych na terenie m. st. Warszawy oraz gzymsów obiektów przekazanych do eksploatacji Zamawiającemu w trakcie trwania umowy;
7. mycie balustrad drogowych obiektów inżynierskich zlokalizowanych w ciągach dróg krajowych, wojewódzkich i powiatowych na terenie m. st. Warszawy oraz balustrad obiektów przekazanych do eksploatacji Zamawiającemu w trakcie trwania umowy;
8. mycie drogowych obiektów inżynierskich (z wyłączeniem gzymsów i balustrad) zlokalizowanych w ciągach dróg krajowych, wojewódzkich i powiatowych na terenie m. st. Warszawy oraz obiektów przekazanych do eksploatacji Zamawiającemu w trakcie trwania umowy.

Z powyższego zestawienia wynika, że przedmiotem zamówienia jest utrzymanie opisanych przez Zamawiającego obiektów inżynierskich i ekranów akustycznych w

należytem stanie technicznym, przez co należy rozumieć utrzymanie ich w czystości, w stanie wolnym od plakatów i graffiti, oraz zabezpieczenie tych powierzchni powłoką antygraffiti. Są to zaś czynności związane z utrzymaniem tych elementów w pierwotnym stanie - umożliwiającym bezpieczne użytkowanie drogi oraz zapobiegającym pogarszaniu się ich walorów użytkowych.

Z treści wzoru formularza cenowego (załącznik nr 4 do rozdziału II SIWZ) wynika również, że zasadniczą część zamówienia stanowią czynności związane z utrzymaniem ekranów akustycznych i drogowych obiektów inżynierskich - z wyłączeniem gzymsów i balustrad, które mają zostać jedynie umyte przez wykonawcę. Jakkolwiek Zamawiający podzielił wymienione w STWiOP czynności na 8 różnych pozycji, to należy wskazać, że w istocie oczekuje wykonania usługi o charakterze kompleksowym, w wyniku których wymienione przez niego ekrany akustyczne i drogowe obiekty inżynierskie zostaną doprowadzone do należytego stanu technicznego - poprzez ich wyczyszczenie, usunięcie plakatów lub graffiti oraz zabezpieczenie odpowiednimi powłokami.

Przyjmując za podstawę ceny netto, które zostały wskazane w ofercie Odwołującego, należy wskazać, że sama wartość prac związanych z utrzymaniem technicznym ekranów akustycznych i drogowych obiektów inżynierskich (z wyłączeniem gzymsów i balustrad) (poz. 1-5 i 8 formularza cenowego) stanowi ponad 83,5 % wartości wszystkich prac, które mają zostać wykonane w ramach zamówienia.

Pismem z dnia 6 lutego 2018 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny. W treści uzasadnienia tej czynności wskazał, że celem potwierdzenia prawidłowości zaklasyfikowania objętych zamówieniem usług według Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (dalej „PKWiU”) wystąpił pismem nr ZDM-UOI.704.26.2018.INI (1) z dnia 19 stycznia 2018 r. do Urzędu Statystycznego w Łodzi z wnioskiem o wydanie informacji w tym zakresie, tj. zaklasyfikowania tych usług do odpowiedniej grupy PKWiU. Zdaniem Zamawiającego opinia Urzędu Statystycznego w Łodzi, która została mu przedstawiona w piśmie nr LDZ-OKN.4221.384.2018.KU.1 z dnia 26 stycznia 2018 r., potwierdziła poprawność przyjętego przez niego zaklasyfikowania usług do grupowania PKWiU 81.29.12.0 „Usługi zamywania śmieci i usuwania śniegu” - poz. 174 załącznika nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2017 r. poz. 1221 z późn. zm.). Na podstawie powyższego Zamawiający przyjął, że do usług objętych zamówieniem prawidłowym jest przyjęcie zastosowania stawki 8% i w konsekwencji odrzucił ofertę Odwołującego, który zastosował stawkę w wysokości 23%.

Odwołujący zaznaczył, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, które zostały zawarte w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, wszelkie usługi utrzymania ekranów akustycznych klasyfikowane są do grupowania 42.11.20.0 lub 43.39.19 PKWiU:

42.11.20.0 - „Roboty ogólnobudowlane związane z budową autostrad, dróg, ulic i innych dróg dla pojazdów i pieszych oraz budową pasów startowych”

43.39.19 - „Roboty związane z wykonywaniem pozostałych wykończeniowych robót budowlanych, gdzie indziej niesklasyfikowanych”  
- a więc w ten sposób, że podlegają stawce 23%.

Ten sposób klasyfikowania usług związanych z utrzymaniem ekranów akustycznych i drogowych obiektów inżynierskich znajduje potwierdzenie zarówno w bieżącej, jak i utrwalonej praktyce organów podatkowych. Jest również oparty na charakterze prac, które są objęte przedmiotem zamówienia. Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług podlegają odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju. Przez dostawę towarów, o której mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1, rozumie się przeniesienie prawa do rozporządzania towarami jak właściciel (art. 7 ust. 1 ustawy o VAT). Pojęcie towaru ustawodawca zdefiniował w art. 2 pkt 6 ustawy o VAT, zgodnie z którym przez towar rozumie się rzeczy oraz ich części, a także wszelkie postacie energii. Stosownie do art. 8 ust. 1 ustawy o VAT przez świadczenie usług, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1, rozumie się każde świadczenie na rzecz osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, które nie stanowi dostawy towarów w rozumieniu art. 7. W myśl art. 41 ust. 1 ustawy o VAT stawka podatku wynosi 22%, z zastrzeżeniem ust. 2- 12c, art. 43, art. 119 ust. 7, art. 120 ust. 2 i 3, art. 122 i art. 129 ust. 1. Dla towarów i usług, wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stawka podatku wynosi 7%, z zastrzeżeniem ust. 12 i art. 114 ust. 1 (art. 41 ust. 2 ustawy o VAT). Stosownie do treści art. 146a pkt 1 i 2 ustawy o VAT w okresie od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia 31 grudnia 2013 r. stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 1 i 13, art. 109 ust. 2 i art. 110, wynosi 23% (pkt 1), natomiast 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% (pkt 2). Przepisy ustawy o VAT nakładają uprawnienie i jednocześnie obowiązek określenia stawki podatku VAT na wystawcę faktury - podatnika (art. 106d ust. 1 pkt 12). Jakkolwiek Zamawiający dokonuje oceny poprawności złożonych w postępowaniu ofert, możliwość kwestionowania stawki VAT jest ograniczona, gdyż jego działania nie mogą pozostawać w sprzeczności z przepisami ustaw prawa podatkowego oraz rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) z dnia 4 września 2015 r. (Dz.U. z 2015 r. poz. 1676 ze zm.). Zgodnie z § 3 pkt 1 tego rozporządzenia do celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług do dnia 31 grudnia 2018 r. stosuje się Polską Klasyfikację Wyrobów i Usług wprowadzoną rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 29 października 2008 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU). Przyporządkowanie do usługi konkretnego grupowania PKWiU wpływa bezpośrednio na zastosowanie przez podatnika właściwej stawki podatku. Każdy podatnik, a zarazem także wykonawca, który ustala cenę oferty na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, samodzielnie klasyfikuje świadczone usługi lub dostawy według

PKWiU. Znajduje to potwierdzenie w treści „Zasad metodycznych Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług”, stanowiącej część rozporządzenia ws. PKWiU: „Zaliczenie określonego produktu do właściwego grupowania PKWiU 2015 należy do obowiązków producenta (usługodawcy) tego produktu. Wynika to z faktu, że właśnie producent (usługodawca) posiada wszystkie informacje niezbędne do właściwego zaliczenia produktu do odpowiedniego grupowania PKWiU 2015, tj. informacje dotyczące rodzaju użytego surowca, technologii wytwarzania, konstrukcji i przeznaczenia wyrobu lub charakteru usług.”

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że dokonana w ten sposób klasyfikacja nie może być uzależniona od nadanego przez Zamawiającego kodu CPV. Przepisy w żadnym miejscu nie odsyłają w tym względzie do Wspólnego Słownika Zamówień. Wskazany przez Zamawiającego kod CPV (90.69.00.00 - 0) w żadnym razie nie przesądza o tym, że niniejsze zamówienie stanowią usługi odbioru ścieków, usuwania odpadów, czyszczenia/sprzątania i usług ekologicznych (90000000-7). Opis przedmiotu zamówienia za pomocą kodów i nazw CPV ma jedynie charakter informacyjny i jak już zaznaczono nie może kształtować obowiązku podatkowego w podatku od towarów i usług.

Według stanowiska Ośrodka Standardów Klasyfikacyjnych Urzędu Statystycznego w Łodzi, przedstawionego w opinii LDZ-OKN.4221.384.2018.KU.1 z dnia 26 stycznia 2018 r., usługi będące przedmiotem zamówienia z wyjątkiem zabezpieczania ekranów akustycznych i drogowych obiektów inżynierskich powinny być zaklasyfikowane do grupowania PKWiU 81.29.12.0. Jednakże zwłaszcza w prawie podatkowym opinie organów statystycznych nie są formalnie wiążące ani dla przedsiębiorcy, ani dla innych organów. „Tak zwane opinie klasyfikacyjne organów statystyki publicznej (...) nie są formalnie wiążące zarówno dla organów podatkowych, jak i podatników. Ponieważ nie są obowiązującym prawem (są nimi jedynie standardowe klasyfikacje) ani aktem administracyjnym, w szczególności decyzją, nie stanowią źródła obowiązku czy uprawnienia” (wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 21 listopada 2006 r., sygn. akt: I FSK 230/06). Co więcej opinie te „stanowią wyłącznie akt wiedzy organu statystyki publicznej, dokonującego specyficznej "subsumcji" indywidualnego stanu faktycznego pod przepis prawny wynikający z PKWiU, przy czym "subsumcja" ta nie jest (samodzielnym) aktem stosowania prawa sensu stricto, albowiem nie wynikają z niej bezpośrednio żadne wiążące konsekwencje prawne” (uchwała Składu Siedmiu Sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 20 listopada 2006 r., sygn. akt: II FPS 3/06). Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący zaznaczył, że opinia Urzędu Statystycznego w Łodzi uzyskana przez Zamawiającego nie jest w przedmiotowej sprawie wiążąca. Ponadto w ocenie samego Ośrodka Standardów Klasyfikacyjnych Urzędu

Statystycznego „(...) z uwagi na brak dokładnego opisu wykonywanych czynności oraz technologii zabezpieczania ekranów akustycznych i drogowych obiektów inżynierskich przed graffiti i plakatami, systemami zmywalnymi i trwałymi, Ośrodek nie może zająć stanowiska w sprawie zaklasyfikowania usług”. Jedynie częściowe dokonanie klasyfikacji jest w tym przypadku niewystarczające i nie może dawać żadnej wiedzy o stawce podatkowej dla usługi kompleksowej jako całości. Wydając przedmiotową opinię Urząd Statystyczny nie miał wglądu do szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, który został zawarty w STWiOP, którego to dokumentu Zamawiający nie udostępnił na etapie składania wniosku o opinię. Tymczasem w ocenie Odwołującego to właśnie z tego dokumentu wynika, że zasadniczym celem realizowanej przez wybranego wykonawcę usługi będzie utrzymanie wskazanych w STWiOP obiektów w należytych stanie technicznym, tj. w czystości, w stanie wolnym od plakatów i graffiti, oraz zabezpieczenie tych powierzchni powłoką antygraffiti - w celu zapewnienia możliwości bezpiecznego użytkowania drogi oraz w celu zapobieżenia pogarszaniu się ich walorów użytkowych.

Z przesłanej przez Urząd Statystyczny w Łodzi opinii wynika zaś, że klasyfikacja została dokonana jedynie na podstawie literalnej treści pozycji, które zostały wymienione we

wniosku, bez zaznajomienia się przez organ z charakterem prowadzonego przez Zamawiającego postępowania oraz treścią STWiOP, do czego też zresztą organ ten nie był zobowiązany (zasada samodzielnego klasyfikowania wyrobów/usług przez podatnika). Twierdzenie przez Zamawiającego, że Urząd Statystyczny w Łodzi zaklasyfikował wymienione we wniosku usługi na potrzeby prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi znaczną nadinterpretację ze strony Zamawiającego. Jak wskazano, opinia ta została wydana w oderwaniu od treści opisu przedmiotu zamówienia, na co wskazuje również dokonane przez organ a przywołane wyżej zastrzeżenie.

Jak zostało wskazane przez Odwołującego, wszelkie usługi utrzymania ekranów akustycznych oraz drogowych obiektów inżynierskich są powszechnie klasyfikowane do grupowania 42.11.20.0 lub 43.39.19 PKWiU, a więc w ten sposób, że podlegają stawce 23%. Jeśli przedmiot zamówienia dotyczy odtworzenia stanu pierwotnego elewacji lub elementów konstrukcyjnych obiektu budowlanego poprzez usunięcie graffiti oraz naniesienie powłok lakierniczych ułatwiających usuwanie graffiti (powłoki antygraffiti), to nie ma wątpliwości, że mamy do czynienia z remontowymi robotami budowlanymi, a nie z czynnościami, które mogłyby zostać uznane za sprzątanie. Tego rodzaju czynności są zaś przedmiotem tego postępowania. Dodatkowo sam Zamawiający wskazał, że „W przypadku braku możliwości skutecznego usunięcia graffiti przy pomocy środków chemicznych (przeznaczonych do usuwania graffiti) dopuszcza się możliwość wykonania miejscowych przemalowań po uprzednim uzgodnieniu z Zamawiającym technologii oraz kolorystyki ich wykonania uwzględniającej odpowiednie przygotowanie powierzchni przed malowaniem, zastosowanie odpowiedniego gruntu, farb etv.. Wykonane prace zostaną rozliczone w ramach pozycji rozliczeniowej „Usuwanie graffiti z ekranów akustycznych””. Tego rodzaju prace stanowią zaś typowe prace budowlane. Już tylko na ten podstawie można stwierdzić, że dokonana przez Urząd Statystyczny w Łodzi ocena polegająca na zakwalifikowaniu tej pozycji do usług zamywania śmieci i usuwania śniegu (PKWiU 81.29.12.0) jest nieprawidłowa.

Odwołujący zaznaczył, że bezspornie z treści STWiOP wynika, że zasadniczym celem zadania jest utrzymanie ekranów akustycznych i drogowych obiektów inżynierskich w należytym stanie technicznym, tj. utrzymanie ich w czystości, w stanie wolnym od plakatów i graffiti, oraz zabezpieczenie tych powierzchni powłoką antygraffiti. W/w czynności są zaś przede wszystkim związane z bezpieczeństwem i koniecznością utrzymania prawidłowego pod względem technicznym stanu konstrukcji i powierzchni obiektów. Usługi te są świadczane w celu odtworzenia pierwotnego stanu technicznego obiektów.

Nanoszenie powłok antygraffiti wykonuje się metodą natryskową lub poprzez ręczne malowanie pędzlami. Wykonywanie czynności mycia ekranów akustycznych, które zostały opisane przez Zamawiającego, jest przede wszystkim związane z bezpieczeństwem oraz ich utrzymaniem w należytym stanie technicznym. Wskazuje na to sama treść STWiOP, w której Zamawiający wskazał, że należy zwrócić szczególną uwagę na miejsca newralgiczne konstrukcji ekranów tj. wymagane jest oczyszczanie stóp słupów stalowych, miejsc styku podwalina/panel akustyczny/słup stalowy, szczytu słupów (górną część panelu akustycznego/reduktora hałasu), ram aluminiowych i zewnętrznych uszczeltek. Skutkiem wykonanych przez wykonawcę czynności ma być zatem polepszenie stanu technicznego elementów. Wykonując czyszczenie ekranów wykonawca zmywa również sól w celu zapobieżenia dochodzenia do korozji elementów, co ma zasadniczy wpływ na stan techniczny elementów. Wykonywanie czyszczenia ekranów akustycznych nie jest związane z ich estetyką, lecz z potrzebą ich doprowadzenia do należytego stanu technicznego - wykonawca ma obowiązek zgłaszać Zamawiającemu uszkodzenia, które zostaną przez niego zidentyfikowane w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Istotnym jest również to, że wykonawca jest zobowiązany do sporządzenia dokumentacji powykonawczej (pkt 4.27 STWiOP), co jest charakterystyczne dla prac związanych z technicznym utrzymaniem obiektów. Wynika stąd, że czynności tych nie da się zakwalifikować do usług zamywania śmieci i usuwania śniegu (8% VAT), lecz należy zakwalifikować do grupy 43.39.19,

ewentualnie 42.11.20.0 PKWiU. Dodatkowo w interpretacjach indywidualnych stanowisko wnioskodawców, którzy dokonują klasyfikacji usług utrzymania ekranów akustycznych jako gdzie indziej niesklasyfikowane wykończeniowe roboty budowlane albo drogowe roboty ogólnobudowlane, odpowiednio PKWiU 43.39.19, bądź 42.11.20.0, skutkującego opodatkowaniem stawką 23%, nie budzi zastrzeżeń organów interpretacyjnych (Interpretacje indywidualne z dnia 2 października 2012 r. IPPP3/443-646/12-4/SM; z dnia 21 kwietnia 2017 r. 2461-IBPP2.4512.131.2017.2.PG; z dnia 17 lutego 2012 r. ILPP2/443-1536/11-4/MN). Przeważająco nie budzi wątpliwości zakwalifikowanie usług utrzymania ekranów akustycznych do usług zamywania śmieci i usuwania śniegu jest nieprawidłowe. Taką klasyfikację można uznać za adekwatną w stosunku do świadczeń uzupełniających (stanowiących element usługi głównej) takich jak mycie gzymsów, balustrad i drogowych obiektów inżynierskich (stawka 8%). Praktyka obrotu zgodnie, z którą przedsiębiorcy dokonują klasyfikacji usług utrzymania ekranów akustycznych do grupowań 42,11.20.0 lub 43.39.19, jest

postępowaniem utrwalonym w działalności rynkowej, a zarazem zwyczajowym, co znajduje potwierdzenia w licznych wnioskach o wydanie interpretacji indywidualnych prawa podatkowego (zob. m.in. Interpretacja indywidualna z dnia 4 marca 2014 r. MBPP2/443-1079/13/ICz).

Odwołujący uznał za istotny fakt, że Zamawiający w opisie wskazał tylko na efekt, który mają osiągnąć wykonawcy, nie różnicując przy tym poszczególnych zadań w szczególności co do ich wartości. Dane zawarte w formularzu cenowym złożonym przez Odwołującego wyraźnie uwidaczniają przeważające znaczenie zadań związanych z utrzymaniem i zabezpieczeniem ekranów akustycznych i drogowych obiektów inżynierskich, które stanowią większą część ceny zamówienia ogółem (pozostałą część stanowi mycie gzymsów i balustrad, które nie podlegają zabezpieczenia powłokami antyplakatomymi i antygraffiti). Takie ustalenie ceny oferty było jednocześnie konsekwencją treści STWiOP, z którego wynika, że ten element usługi ma charakter przeważający. Dla zadań tych (poz. 1-5 i 8 formularza cenowego), jeśli traktować je tak jak odrębne usługi, właściwa byłaby stawka podatku 23%. Jednakże ze względu na fakt, że przedmiotowe czynności związane z utrzymaniem technicznym ekranów akustycznych i drogowych obiektów inżynierskich (stanowiące zasadniczy element przedmiotu zamówienia) będą świadczone w ramach usługi kompleksowej, wpływają one na stawkę podatku dla usługi jako takiej. Istota świadczenia kompleksowego (usługi kompleksowej) została wyjaśniona w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 28 października 2016 r. (sygn. akt: I FSK 344/15). „Koncepcja świadczeń złożonych (kompleksowych) wypracowana została w orzecznictwie TSUE. Co do zasady bowiem, dla celów podatku VAT, co wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie TSUE,

11  
każde świadczenie powinno być uznawane jako odrębne i niezależne (vide np. wyroki z 29 marca 2007 r. w sprawie C - 111/05 Aktiebolaget NN, z 19 listopada 2009 r. w sprawie C-461/08 Don Bosco Onroerend Goed). W pewnych jednak okolicznościach formalnie odrębne świadczenia, które mogą być wykonywane oddzielnie i odpowiednio prowadzić do opodatkowania lub zwolnienia, należy uważać za jednolitą czynność, gdy nie są one niezależne (vide np. wyrok TSUE z 21 lutego 2008 r. w sprawie C- 425/06 Part Sernice). Z takimi sytuacjami (...) mamy do czynienia nie tylko w przypadku, gdy jedno lub kilka świadczeń należy uznać za świadczenie główne, natomiast pozostałe za świadczenia dodatkowe, traktowane z punktu widzenia podatkowego tak jak świadczenie główne, ale przede wszystkim gdy co najmniej dwa elementy albo co najmniej dwie czynności dokonane przez podatnika są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie tylko jedno nierozzerwalne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny (vide wyroki TSUE z 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04, Levob Verzekeringen i OV Bank i z 2 grudnia 2010 r. w sprawie C-276/09 Everything Everywhere)". Usługą przeważającą (główną) w ofercie Wykonawcy jest utrzymanie ekranów akustycznych, co ma zasadnicze znaczenie dla doboru stawki podatku. Jak zauważa Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie w Interpretacji indywidualnej z dnia 2 października 2012 r. IPPP3/443-646/12-4/SM „(...) gdy świadczona usługa składa się z kilku różnych świadczeń, wszystkie one powinny być potraktowane dla potrzeb podatku VAT jako jedno świadczenie (tj. jedna usługa) i opodatkowane zgodnie z zasadami dotyczącymi opodatkowania usługi głównej (zasadniczej), przesądzającej o charakterze danej usługi. Dotyczy to także wysokości stawki VAT. Z powyższego powodu, świadczenia stanowiące element usługi głównej, powinny być na gruncie podatku VAT traktowane w ten sam sposób jak usługa zasadnicza. W szczególności będzie do nich miała zastosowanie ta sama stawka podatku VAT, która ma zastosowanie do usługi zasadniczej, niezależnie od ich charakteru. Oznacza to, iż w sytuacji, gdy świadczenie uzupełniające podlega co do zasady opodatkowaniu obniżoną stawką podatku VAT, ale stanowi ono element usługi głównej (zasadniczej) to jest opodatkowane nie obniżoną stawką podatku VAT, ale stawką VAT właściwą dla usługi głównej”. Sytuacja analogiczna ma miejsce na gruncie przytoczonego na wstępie stanu faktycznego. Usługą główną (zasadniczą) jest tu utrzymanie ekranów akustycznych nie tylko z racji nakładu pracy, ale także większego w porównaniu do innych zadań ciężaru finansowego oraz logistycznego. W konsekwencji pozostałe świadczenia powinny być opodatkowane w ten sam sposób jak ta usługa.

Odwołujący wywiódł z powyższego, że jego oferta zawiera prawidłową stawkę podatku VAT - w wysokości 23%. Odwołujący, a zarazem każdy inny wykonawca składający

12

swoją ofertę w ramach postępowania, miał obowiązek zastosować tę stawkę ze względu na fakt, że zasadniczą część czynności objętych przedmiotem zamówienia stanowią w istocie usługi technicznego utrzymania ekranów akustycznych i drogowych obiektów inżynierskich. Zamawiający zaś bezpodstawnie zakwalifikował usługi, które są objęte postępowaniem, jako usługi polegające na zamiataniu śmieci i usuwaniu śniegu. Oferta Odwołującego nie zawiera błędów w obliczeniu ceny, o którym mowa w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp. Błąd ten zawierają zaś oferty wykonawców SUEZ i Spectare - Zamawiający zatem bezpodstawnie zaniechał odrzucenia ofert tych wykonawców.

Dnia 27 lutego 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wnioś o oddalenie odwołania, gdyż zarzuty Odwołującego nie znajdują potwierdzenia w protokole postępowania i załącznikach do niego, a przytoczone na uzasadnienie zarzutów podstawy prawne i orzecznictwo organów podatkowych oraz sądów administracyjnych nie mają zastosowania w postępowaniu albo zostały błędnie zinterpretowane przez Odwołującego.

Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest czyszczenie drogowych obiektów Inżynierskich i ekranów akustycznych, nie zaś (jak twierdzi Odwołujący) czynności związane z utrzymaniem tych elementów w pierwotnym stanie umożliwiającym bezpieczne użytkowanie drogi oraz zapobiegającym pogarszaniu się ich walorów użytkowych. Wynika to wprost ze Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Prac ("STWiOP") - pkt 3.1.1., 3.1.3., 3.2.1., 3.3.1., 3.6.1. 3.7.1. Te sześc pozycji przedmiotu zamówienia stanowią jego podstawowy przedmiot, jakim jest czyszczenie, usuwanie zabrudzeń. Wskazane w pkt 1.4 i 1.5 STWiOP zabezpieczanie ekranów akustycznych i drogowych obiektów inżynierskich zlokalizowanych w ciągach dróg krajowych, wojewódzkich i powiatowych na terenie m.st. Warszawy, przed umieszczaniem graffiti i plakatów permanentnym/trwałym systemem powłokowym na bazie silikonów i/lub silikatów oraz zabezpieczanie ekranów akustycznych i drogowych obiektów inżynierskich zlokalizowanych w ciągach dróg krajowych, wojewódzkich i powiatowych na terenie m.st. Warszawy, przed umieszczaniem graffiti i plakatów zmywalnym systemem powłokowym na bazie mikro—wosków, ma charakter pomocniczy do usług czyszczenia i mycia zawartych w pkt. 1.1 — 1.3. i 1.6 — 1.8 STWiOP i jest związane z przygotowaniem powierzchni do efektywniejszego jego czyszczenia w przypadku ich zabrudzeń graffiti. Wskazane przez Odwołującego możliwe miejscowe przemalowania, o których mowa w pkt. 3.2.7 STWiOP w przypadku braku możliwości skutecznego usunięcia graffiti przy pomocy środków chemicznych (przeznaczonych do usuwania graffiti) mają charakter incydentalny i nie może być mowy o wpływie takich przemalowań na istotę przedmiotu zamówienia, jakim są usługi czyszczenia powierzchni. W żadnym wypadku

analiza postanowień STWiOP nie może w ocenie Zamawiającego prowadzić do konstatacji jakie przeprowadził Odwołujący, że zasadniczą część zamówienia stanowią czynności związane z utrzymaniem ekranów akustycznych i drogowych obiektów inżynierskich a więc przedmiotem zamówienia jest odtworzenie stanu pierwotnego elewacji lub elementów konstrukcyjnych obiektu budowlanego poprzez usunięcie graffiti oraz naniesienie powłok lakierniczych ułatwiających usuwanie graffiti (powłoki antygraffiti) co świadczyć miałyby o tym, że przedmiotem zamówienia są remontowe roboty budowlane, nie zaś czynnościami które mogłyby zostać uznane za sprzątanie. Zasadniczą część zamówienia stanowią usługi czyszczenia drogowych obiektów inżynierskich i ekranów akustycznych, które mają na celu usuwanie zanieczyszczeń, nie zaś utrzymywanie obiektów w należytym stanie technicznym poprzez ich konserwację. Kwotowy podział zamówienia na czynności czyszczenia i zabezpieczenia ma znaczenie do kwalifikowania świadczenia głównego, tym niemniej Zamawiający wskazał, że wbrew temu co twierdzi Odwołujący, czynności czyszczenia stanowią główną część kwotową zamówienia, co w przypadku jego oferty stanowi prawie 87 % wartości zamówienia (pozycja 1-3 i 6-8 formularza cenowego dotyczy czyszczenia i wynosi 2 372 500 zł, zaś czynności zabezpieczenia z poz. 4-5 formularza cenowego kosztować mają 356 000 zł).

W dalszej kolejności Zamawiający zaznaczył, że usługi składające się na przedmiot zamówienia w postępowaniu mają zgodnie z twierdzeniem Odwołującego charakter kompleksowy. O takim potraktowaniu przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego świadczy skonstruowanie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia formularza cenowego, w którym należało wskazać cenę netto dla wszystkich części formularza cenowego w poz. 1-8 a następnie podać stawkę brutto przy zastosowaniu jednej stawki podatku VAT. Jak podkreśla się w orzecznictwie aby móc wskazać, że dana usługa jest usługą kompleksową, winna ona składać się z różnych świadczeń, których realizacja prowadzi do jednego celu — do wykonania świadczenia głównego, na które składają się świadczenia pomocnicze. O sposobie uznania świadczeń za główne i pomocnicze wypowiadał się Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W wyroku TSUE z dnia 2 grudnia 2010 r. w sprawie C-276/09 Everything Evelywhere Ltd, dawniej T-Mobile (UK) Ltd przeciwko Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs, Trybunał stwierdził, że w szczególności dane świadczenie należy uważać za świadczenie pomocnicze w stosunku do świadczenia głównego, gdy dla klientów nie stanowi ono celu samego w sobie, lecz środek do korzystania na jak najlepszych warunkach z głównej usługi usługodawcy. Potwierdził on w nim wcześniejsze orzecznictwo w tej sprawie zawarte np. w wyroku z dnia 11 czerwca 2009 r. w sprawie C-572/07 w postępowaniu: RLRE Tellmer Property sro 14 przeciwko Finančni reditelsMv UsH nad Labem. Jak wskazano w odpowiedzi na wnioski Odwołującego zawarte w pkt. 1-3 główną usługą stanowiącą świadczenie główne jest czyszczenie, tak więc do określenia właściwej stawki podatku VAT należy wziąć pod uwagę stawkę VAT obowiązującą dla świadczenia głównego. Czynności związane z zabezpieczeniem ekranów akustycznych przed graffiti za pomocą powłok należy uznać za

świadczenie pomocnicze do usług czyszczenia, mające na celu właściwe ich przygotowanie do utrzymania w czystości. Dlatego też niezależnie od stawki podatku VAT dla zabezpieczenia ekranów akustycznych i drogowych obiektów inżynierskich zlokalizowanych w ciągach dróg krajowych, wojewódzkich i powiatowych na terenie m.st. Warszawy, przed umieszczeniem graffiti i plakatów permanentnym/ trwałym systemem powłokowym na bazie silikonów i/lub siłikatów oraz zabezpieczenia ekranów akustycznych i drogowych obiektów inżynierskich zlokalizowanych w ciągach dróg krajowych, wojewódzkich i powiatowych na terenie m.st. Warszawy, przed umieszczeniem graffiti i plakatów zmywalnym systemem powłokowym na bazie mikro—wosków, stawką VAT dla całego zamówienia składającego się na usługę kompleksową będzie stawka 8% dla usług czyszczenia wskazanych w poz. 1-3 i 6-8 formularza cenowego, stanowiących świadczenie główne.

Następnie Zamawiający podkreślił, że w związku z przedstawionym powyżej uzasadnieniem dla przyjęcia jako świadczenia głównego usług związanych z czyszczeniem, opinia Odwołującego o klasyfikowaniu świadczenia głównego jako podlegającego pod pozycję PKWiU 42.11.20.0 „Roboty ogólnobudowlane związane z budową autostrad, dróg, ulic i innych dróg dla pojazdów i pieszych oraz budową pasów startowych” lub 43.39.19.0 „Roboty związane z wykonywaniem pozostałych wykończeniowych robót budowlanych gdzie indziej niesklasyfikowanych”, nie może być uznana za zasadną. Wynika to po pierwsze z uzyskanej przez Zamawiającego opinii Ośrodka Standardów Klasyfikacyjnych Urzędu Statystycznego w Łodzi z 26 stycznia 2018 r. (LDZOKN.4221.384.2018.KU.1). Po drugie, proponowana przez Odwołującego klasyfikacja PKWiU nie może być uznana za zasadną biorąc pod uwagę zamieszczone na stronie Głównego Urzędu Statystycznego wyjaśnienia do Polskiej Klasyfikacji Wytrobów i Usług (PKWiU 2015) - wersja z dnia 10.01.2018 r. W wyjaśnieniach tych wskazano, że dla PKWiU 42.11.20.0 „Roboty ogólnobudowlane związane z budową autostrad, dróg, ulic i innych dróg dla pojazdów i pieszych oraz budową pasów startowych”, grupowanie to obejmuje także roboty ogólnobudowlane, związane z: fundamentowaniem autostrad (z wyłączeniem estakad autostradowych), dróg, ulic i pozostałych tras dla pojazdów i pieszych oraz otwartych parkingów samochodowych, budową lub odbudową nawierzchni dróg, miejsc do parkowania, z asfaltu, betonu itp., budową chodników, drogowych konstrukcji spowalniających ruch, ścieżek dla rowerzystów

15

itp., instalowaniem barier ochronnych, niskich ścianek rozdzielających jezdnie, znaków drogowych itp., tworzeniem, utrzymaniem i znakowaniem szlaków, ścieżek itp., utrzymaniem i naprawą dróg, budową pasów startowych na lotniskach, włączając drogi do kołowania i płyty postojowe samolotów, roboty ogólnobudowlane związane z budową przejść podziemnych, oznakowaniem poziomym dróg, parkingów i podobnych miejsc. Grupowanie to nie obejmuje: robót ogólnobudowlanych związanych z budową estakad autostradowych, tuneli i mostów, sklasyfikowanych w 42.13.20.0, robót drogowych związanych z budową rurociągów i linii telekomunikacyjnych i elektroenergetycznych, sklasyfikowanych w 42.21 i 42.22, robót ogólnobudowlanych związanych z budową linii elektroenergetycznych dla kolei, sklasyfikowanych w 42.22.21.0. Trudno w ocenie Zamawiającego wskazać, że usługi czyszczenia można zakwalifikować do którychś z wymienionych wyżej robót ogólnobudowlanych. Również wskazana przez Odwołującego pozycja PKWiU 43.39.19.0 „Roboty związane z wykonywaniem pozostałych wykończeniowych robót budowlanych, gdzie indziej niesklasyfikowanych” została opisana przez GUS jako obejmująca także: roboty związane z wykładaniem wewnętrznych ścian i sufitów panelami, płytami i innymi materiałami w celu poprawy akustyki, roboty związane z czyszczeniem budynków po zakończeniu ich budowy. Grupowanie to nie obejmuje: robót związanych z zakładaniem izolacji dźwiękochłonnych, sklasyfikowanego w 43.29.11.0. Klasyfikacja usług czyszczenia do wyżej wymienionych robót budowlanych nie może być uznana za zasadną.

Zamawiający wskazał dalej, że Odwołujący podnosi, że opinia Ośrodka Standardów Klasyfikacyjnych Urzędu Statystycznego w Łodzi z 26 stycznia 2018 r. (LDZ-OKN.4221.384.2018.KU.1) sporządzona na wniosek Zamawiającego i stwierdzająca, że usługi będące przedmiotem zamówienia w postępowaniu z wyjątkiem zabezpieczenia ekranów akustycznych i drogowych obiektów inżynierskich powinny być zaklasyfikowane do grupowania PKWiU 81.29.12.0, nie jest wiążąca w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W przepisach powszechnie obowiązującego prawa brak jest wskazania, że taka opinia ma charakter wiążący w sprawie. Nie można jednak zdaniem Zamawiającego uznać, że taka opinia wydana w konkretnej sprawie pozbawiona jest znaczenia prawnego. Główny Urząd Statystyczny jest jedyną powołaną instytucją do klasyfikowania usług i dostaw do właściwego grupowania PKWiU. Zgodnie zaś z art. 5a ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U z 2017r., poz. 1221, z późn. zm.) towary lub usługi będące przedmiotem czynności, o których mowa w art. 5, wymienione 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 jej podstawie powołują symbole statystyczne. Odwołujący przywołuje na poparcie twierdzenia

16

o niewiążącym charakterze opinii klasyfikacyjnych organów statystyki publicznej Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 21 listopada 2006 r. sygn. akt I FSK 230/06, pomijając jednak całościowy wywód NSA w tym zakresie. NSA stwierdził w nim, że „opinie klasyfikacyjne organów statystyki publicznej (zawierające dokonywane na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 6 i ust. 2 ustawy z dnia 29 czerwca 1995 r. o statystyce publicznej Dz. U. Nr 88, poz. 439 z późn. zm., interpretacje standardów klasyfikacyjnych, opracowywanych i wprowadzanych na podstawie tej ustawy - zgodnie z jej art. 61 są nimi również klasyfikacje i nomenklatury wprowadzone na podstawie wcześniej obowiązującej ustawy o statystyce państwowej, w tym także Systematyczny Wykaz Wyrobów) nie są formalnie wiążące zarówno dla organów podatkowych, jak i podatników. Ponieważ nie są obowiązującym prawem (są nimi jedynie standardowe klasyfikacje) ani aktem administracyjnym, w szczególności decyzją, nie stanowią źródła obowiązku czy uprawnienia”. W następnym zdaniu dodaje jednak istotne stwierdzenie: mogą natomiast stanowić dowód w postępowaniu podatkowym i jak każdy dowód podlegający swobodnej ocenie organu podatkowego prowadzącego postępowanie, stosownie do art. 191 ordynacji podatkowej”. Również w przywołanej przez Odwołującego uchwale Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie 7 sędziów NSA W-wa z dnia 20 listopada 2006 r., sygn. akt II FPS 3/06 stwierdzono, że „Ponieważ opinie klasyfikacyjne organów statystyki publicznej w obszarze postępowania podatkowego mają wyłącznie walor i funkcje jednego z dowodów postępowania, to brak jest podstaw i uzasadnienia prawnego, aby oceniać je w innym trybie prawnym aniżeli w ramach rozpoznawania konkretnej sprawy podatkowej, w której jako dowód zostały wykorzystane, czy też w sądowno administracyjnej kontroli tejże indywidualnej sprawy”. Skoro opinie kwalifikacyjne mogą stanowić dowód w postępowaniu podatkowym to również w postępowaniu przez KIO, które musi zająć stanowisko mając na uwadze kwestie związane z właściwą stawką podatku VAT jako podstawą do obliczenia ceny oferty niezawierającej błędów opinia taka ma istotne znaczenie. Waga opinii kwalifikacyjnych organów statystyki publicznej była również przedmiotem orzekania Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo, w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 marca 2016 r. sygn. akt. KIO 349/16. Uzyskana przez Zamawiającego opinia Ośrodka Standardów Klasyfikacyjnych Urzędu Statystycznego w Łodzi wbrew opinii Odwołującego ma więc pierwszorzędne znaczenie w postępowaniu, gdyż na jej podstawie można dokonać oceny prawidłowości zakwalifikowania usług będących świadczeniem głównym do usług objętych stawką podatku VAT 8%. Zamawiający zaznaczył, iż Odwołujący nie powołał się w treści odwołania na opinię wydaną w przedmiotowej sprawie przez organ klasyfikacyjny organu statystyki publicznej, który by klasyfikował inaczej usługi zawarte w przedmiotowym postępowaniu. Dlatego opinie Odwołującego, nie poparte żadnymi dowodami, co do prawidłowości zakwalifikowania świadczenia do grupowania PKWiU i przyjęcie na tej podstawie stawki VAT 23 % należy uznać za gołosłowne.

Zamawiający zauważył również, że Odwołujący wskazał kilka interpretacji indywidualnych organów podatkowych, które jego zdaniem potwierdzają prawidłowość stanowisk wnioskodawców co do kwalifikowania usług utrzymania ekranów akustycznych jako gdzie indziej niesklasyfikowane wykończeniowe roboty budowlane albo drogowe roboty ogólnobudowlane, skutkującego opodatkowaniem usług będących przedmiotem postępowania stawką 23 %. Zdaniem Zamawiającego interpretacje indywidualne nie mogą być traktowane jako wiążące: w innych sprawach niż będące przedmiotem wniosku o interpretację i inne osoby niż wnioskodawca. Wynika to z art. 14k § 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2017 r., poz. 201, z późn. zm.), zgodnie z którym zastosowanie się do interpretacji indywidualnej przed jej zmianą, stwierdzeniem jej wygaśnięcia lub przed doręczeniem organowi podatkowemu odpisu prawomocnego orzeczenia sądu administracyjnego uchylającego interpretację indywidualną nie może szkodzić wnioskodawcy, jak również w przypadku nieuwzględnienia jej w rozstrzygnięciu sprawy podatkowej. Odwołujący nie przedstawił natomiast interpretacji ogólnej wydanej przez ministra właściwego do spraw finansów publicznych, do której zastosowanie się nie może szkodzić każdemu, kto się do niej zastosował. Ponadto, dokładna analiza wskazanych przez Odwołującego interpretacji indywidualnych prowadzi do wniosku, że nie mogą być one powoływane jako uzasadniające przyjęcie stawki podatku VAT 23 % przez Odwołującego w ofercie jako właściwej. Przede wszystkim wszystkie powołane interpretacje indywidualne zostały wydane w oparciu o przedstawioną przez wnioskodawców klasyfikację usług do PKWiU na podstawie własnego oświadczenia wnioskodawcy, nie zostały one uprzednio zbadane przez organ statystyki publicznej poprzez wydanie opinii klasyfikacyjnych. Ponadto:

1) interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach nr IBPP2/4431079/13/1Cz z 4 marca 2014 r. dotyczyła pytania m.in. o charakter kompleksowy usług na utrzymanie dróg i autostrad. Wnioskodawca wskazał w niej, że zakresem prac objęte jest utrzymanie wyposażenia technicznego dróg w dobrym stanie technicznym, nie zagrażającym bezpieczeństwu ruchu drogowego i zapewniającym prawidłowe funkcjonowanie wszystkich elementów drogi, w tym m.in. ekranów akustycznych. Brak jest w treści interpretacji określenia, co składa się na usługę utrzymania ekranów akustycznych w dobrym stanie technicznym. Należy równocześnie zauważyć, że we wniosku o wydanie interpretacji indywidualnej wnioskodawca wskazał zakwalifikowanie usługi: Czyszczenie

balustrad i barier, elementów konstrukcji łożysk, nisza law i ciosów podłożyskowych do

PKWiU 81.29.12.0 „Usługi zamywania śmieci i usuwania śniegu”, co zostało uznane za prawidłowe przez organ podatkowy. Interpretacja ta wskazuje, że usługi czyszczenia zostały prawidłowo zakwalifikowane przez Zamawiającego. Identyfikacja stanu faktycznego w zakresie wskazanym powyżej została w ten sposób zakwalifikowana w interpretacji indywidualnej przez Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z 2 października 2012 r. nr IPPP/443-646/12-4/SM,

2) Również w powoływanej przez Odwołującego interpretacji Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z 17 lutego 2012 f. nr ILPP/443-1536/11-4/ MN dotyczącej opodatkowania świadczonych usług kompleksowego utrzymania autostrady wnioskodawca wskazał, że usługa obejmuje utrzymanie czystości na i w otoczeniu obiektów mostowych oraz wykonania prac konserwacyjnych i naprawczych na obiektach mostowych w asortymencie ujętym w szczegółowych specyfikacjach i tabelach zakresów robót naprawczych i zakwalifikował ją jako Czyszczenie balustrad i barier, elementów konstrukcji łożysk, nisz, law i ciosów podłożyskowych PKWiU 81.29.12.0 „Usługi zamywania śmieci i usuwania śniegu”, co zostało uznane za prawidłowe przez organ podatkowy. Interpretacja ta wskazuje, że usługi czyszczenia zostały prawidłowo zakwalifikowane przez Zamawiającego.

3) interpretacja indywidualna Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z 21 kwietnia 2017 r. nr 2461-1BPP/2.4512.131.2017.2.PG dotyczy zastosowania mechanizmu odwrotnego obciążenia VAT i usług nakładania powłok antygraffiti na ekrany akustyczne. Zaklasyfikowanie czynności do PKWiU 42.11.20.0 zostało dokonane na podstawie oświadczenia wnioskodawcy, jednak w związku z faktem, że usługą podstawową w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego jest usługa czyszczenia interpretacja ta nie ma znaczenia.

Powyższe interpretacje nie tylko uwidaczniają, w ocenie Zamawiającego, błędne stanowisko Odwołującego co do jego opinii w zakresie klasyfikowania usług do celów opodatkowania podatkiem VAT, ale potwierdzają również słuszność stanowiska Zamawiającego, który odrzucił ofertę Odwołującego z powodu błędnej stawki podatku VAT w cenie oferty. Zamawiający jednocześnie przytoczył treść interpretacji indywidualnej, której podstawą była opinia kwalifikacyjna organu statystyki publicznej. Dyrektor Izby Skarbowej w Katowicach wydał interpretację indywidualną nr IBPP/2443703/13/1Cz z 28 października 2013 r. We wniosku o wydanie interpretacji wnioskodawca wskazał, że usługi świadczone przez wnioskodawcę to m.in.: 1. czyszczenie ręczne i mechaniczne nawierzchni drogowej, chodników, poboczy, ścieków przy krawężnikowych, przy jezdniowych nawierzchni jezdni, 2. czyszczenie pasa drogowego ze śmieci komunikacyjnych, 3. mycie oznakowania znajdującego się przy drogach np. znaków pionowych, tablic drogowo-skrzyżunkowych, pachołków drogowych, elementów odbłaskowych na barierach, barier stalowych energochłonnych, ekranów akustycznych itp., 4. mechaniczne usuwanie za pomocą wody pod ciśnieniem starego oznakowania poziomego na drogach, gumy z pasów startowych na lotniskach, 5. utrzymania i pielęgnacji zieleni poprzez: pielęgnację drzew i żywopłotów, nasadzenie uzupełniające drzew i krzewów, odchwaszczanie terenów zieleni, koszenie traw, 6. frezowania pni, zrębkowanie gałęzi i krzewów, wykonywane w ramach jednego zlecenia, obejmującego pielęgnację i utrzymanie zieleni na terenach miejskich, przy drogach (niezwiązane z remontem dróg). W przeciwieństwie do przytoczonych przez Odwołującego, opartych na oświadczeniu wnioskodawcy kwalifikacji czynności do grupowania PKWiU w stanie faktycznym tej interpretacji Wnioskodawca celem prawidłowego zaklasyfikowania powyższych usług zgodnie z PKWiU wystąpił do Głównego Urzędu Statystycznego o zaklasyfikowanie ich do odpowiedniej grupy PKWiU. GUS usługi wymienione w pkt 1-4 zaklasyfikował do grupowania PKWiU 81.29.12.0 "Usługi zamywania śmieci i usuwania śniegu", natomiast usługi wymienione w pkt 5-6 zaklasyfikowane zostały do grupowania PKWiU 81.30.10.0 „Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni”. Interpretacja powyższa wskazuje prawidłowość działania Zamawiającego, który odrzucił ofertę Odwołującego z powodu błędnej stawki podatku VAT w cenie oferty.

Ponadto, Zamawiający podniósł, że Odwołujący miał uzasadnione podstawy by wiedzieć, iż zastosowanie stawki 23 % VAT dla usługi kompleksowej będącej przedmiotem postępowania spowoduje jego wykluczenie ze względu na błąd w obliczeniu ceny. Jest to istotne w kontekście poglądu wyrażonego przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 12 stycznia 2016 r., sygn. akt KIO 2831/15, w której Izba stwierdziła, że „wykonawcy mają prawo oczekiwać od zamawiającego stabilnej sytuacji co do warunków składania ofert. Skoro w poprzednich latach zamawiający godził się na stawkę 23% w ofertach wykonawcy uznając ją za prawidłową, to aktualnie nie może bez uprzedzenia uznawać ją za nieprawidłową”. Zamawiający cyklicznie prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia na czyszczenie drogowych obiektów inżynierskich i ekranów akustycznych zlokalizowanych na terenie m.st. Warszawy. W postępowaniu o udzielenie zamówienia nr DPZ/4/PN/4/16 wszczętym 4 lutego

2016 r. na czyszczenie drogowych obiektów inżynierskich i ekranów akustycznych zlokalizowanych na terenie m. st. Warszawy STWiOP wskazywała, że na podobny przedmiot zamówienia jak w niniejszym postępowaniu. Odwołujący złożył ofertę w tym postępowaniu oferując wykonanie przedmiotu zamówienia przy zastosowaniu stawki 8% VAT. Został wykluczony przez Zamawiającego za niewłaściwe złożenie wadium w postaci gwarancji. W postępowaniu o udzielenie zamówienia nr DZP/8/PN/8/15 wszczętym 7 kwietnia 2015 r.

na czyszczenie drogowych obiektów inżynierskich i ekranów akustycznych zlokalizowanych na terenie m. st. Warszawy STWiOP również wskazywała na podobny przedmiot zamówienia. W tym postępowaniu oferta Odwołującego, oferującego cenę za wykonanie zamówienia przy zastosowaniu stawki VAT 8% została uznana za najkorzystniejszą wobec czego z Odwołującym została podpisana 16 września 2015 r. umowa nr DZP/8/PN/8/15. Przedmiot zamówienia w postępowaniu będącym podstawą wniesienia odwołania nie uległ zasadniczej zmianie w stosunku do prowadzonych postępowań nr DPZ/4/PN/4/16 wszczętym 4 lutego 2016 r. i nr DZP/8/PN/8/15 wszczętym 7 kwietnia 2015 f. W postępowaniu został dodany tylko jeden dodatkowy punkt dotyczący mycia drogowych obiektów inżynierskich z wyłączeniem gzymsów i balustrad, który zwiększa zakres czyszczenia objęty PKWiU 81.29.12.0 oraz dodany zapis o dopuszczeniu możliwości wykonania miejscowych przemalowań w przypadku braku możliwości skutecznego usunięcia graffiti przy pomocy środków chemicznych. Odwołujący miał więc zasadne prawo oczekiwać, że w kolejnym postępowaniu na czyszczenie drogowych obiektów inżynierskich i ekranów akustycznych zlokalizowanych na terenie m.st. Warszawy zastosowanie znajdzie stawka VAT 8%.

Na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika Postępowania Przystępujący SUEZ złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości i wskazał, że:

1. Czynności objęte zamówieniem to czynności związane z zapewnieniem czystości objęte 8% stawką podatku VAT - utrzymanie w czystości ekranów akustycznych oraz drogowych obiektów inżynierskich, nie zaś ich utrzymywanie w należyтым stanie technicznym, co potwierdza treść SIWZ określająca przedmiot zamówienia: załącznik nr 4 do rozdziału II SIWZ — „Formularz cenowy”, STWiOP — pkt 3.1 .1. i 3.1.4, pkt 3.2.1 ., 3.2.2, 3.3.1, 3.3.2). Zamawiający posługuje się takimi sformułowaniami jak: „czyszczona powierzchnia”, „technologia czyszczenia” czy „środek czyszczący”. Twierdzenia Odwołującego jakoby ww. czynności miały charakter prac budowlanych należy uznać za gołosłowne i niezajdujące odzwierciedlenia w jakichkolwiek postanowieniach SIWZ. Zabezpieczenie przed umieszczaniem plakatów i graffiti nie służy konserwacji ekranów akustycznych, ani obiektów inżynierskich, lecz ułatwieniu ich oczyszczania z plakatów i graffiti. Innymi słowy „zabezpieczenie”, o którym mowa w pozycjach 4 i 5 Formularza cenowego służy temu, aby utrzymywanie ekranów/obiektów w czystości było łatwiejsze. Zgodnie z pkt. 3.4.1. i 3.4.5. STWiOP, w zakresie właściwości środków zabezpieczających antyplakat/antygraffiti stosowanych przez wykonawców, Zamawiający wymaga by miały one określony okres trwałości (minimum dwa lata i minimum 15 zmywań), by „zapewniały wielokrotne usuwanie graffiti i plakatów bez konieczności odnawiania powłoki”, by nie powodowały odbarwień, przebarwień, zmiany koloru, zmiany przejrzystości powierzchni itp. Z powyższych wymogów wynika, że środki stosowane na ekranach akustycznych i obiektach inżynierskich mają za zadanie umożliwić łatwe czyszczenie powierzchni. Żaden zapis STWiOP nie wskazuje natomiast, jakoby ich zadaniem było poprawienie właściwości technicznych ekranów akustycznych lub obiektów inżynierskich. Nanoszenie preparatów zabezpieczających odbywa się metodą natryskową lub przez ręczne malowanie pędzlami. Sposób nakładania powłoki nie może jednak w żaden sposób wpływać na ocenę właściwości samego środka zabezpieczającego, a ten jest jeden — ułatwienie czyszczenia zabezpieczanej powierzchni.

2. Brak jest „ukształtowanej praktyki” organów podatkowych w zakresie kwalifikowania czynności polegających na zabezpieczaniu ekranów akustycznych i obiektów inżynierskich do robót budowlanych lub ogólnobudowlanych gdzie indziej niesklasyfikowanych. Nie zachodzi tożsamość pomiędzy usługami ujętymi w pozycjach 4 i 5 Formularza cenowego (usługi zabezpieczania ekranów akustycznych i obiektów inżynierskich przed graffiti i plakatami), a usługami opisanymi w interpretacjach podatkowych przywołanych w Odwołaniu. Interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 2 października 2012 roku, znak IPPP3/443-646/12-4/SM — Przywołana interpretacja nigdzie nie wskazuje, jakoby pod pojęciem utrzymania ekranów należało rozumieć ich czyszczenie lub pokrywanie środkami ułatwiającymi czyszczenie. Przedmiotowa interpretacja nie może stanowić żadnego źródła wytycznych interpretacyjnych w niniejszym postępowaniu, gdyż to sam wnioskodawca przyporządkował tę pozycję wykazu usług — czyli utrzymanie ekranów akustycznych do odpowiedniej według niego klasyfikacji PKWiU, tj. 42.11.20.0 — czyli do Robót okołobudowlanych związanych z budową autostrad, dróg, ulic i innych dróg dla pojazdów i pieszych oraz budową pasów startowych, a organ podatkowy nie badał prawidłowości tego przyporządkowania. Interpretacje Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 17 lutego 2012 roku, znak ILPP2/4431 536/1 1-4/MN (przywołana w Odwołaniu jako

trzecia) oraz interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 4 marca 2014 roku, znak IBPP2/443-1079/13/Cz (przywołana w Odwołaniu jako czwarta interpretacja) - Analogicznie kształtowały się stany faktyczne tzn. wnioskodawcy sami przyporządkowywali usługę „utrzymanie ekranów” do odpowiedniej klasyfikacji PKWiU, a przedmiotem interpretacji organu podatkowego były inne kwestie, na gruncie których zostały wydane interpretacje. Również ostatnia z przywołanych w Odwołaniu (druga wg kolejności powoływania w Odwołaniu) interpretacji podatkowych (z dnia 21 kwietnia 2017 roku, znak: 2461-1BPP2.4512.131.2017.2.PG) nie może świadczyć o „ukształtowanej praktyce” zaliczania usług zabezpieczania ekranów akustycznych substancjami chroniącymi przed graffiti do usług budowlanych. W przywołanej sprawie przedmiotem interpretacji organu podatkowego było badanie czy usługa wnioskodawcy podlegała rozliczeniu z zastosowaniem tzw. odwróconego VATu. Wnioskodawca samodzielnie przyporządkował czynność lakierowania jako Roboty okołobudowlane związane z budową autostrad, dróg, ulic i innych dróg dla pojazdów i pieszych oraz budową pasów startowych (co potwierdził w uzasadnieniu interpretacji organ podatkowy), i ta ocena podatnika nie była przedmiotem badania organu wydającego interpretację.

3. Dołączone do pisma przykładowe opisy charakterystyki preparatów służących do zabezpieczania obiektów drogowych lub ekranów akustycznych od różnych producentów, w ocenie Przystępującego potwierdzają, że służą one takiemu zabezpieczeniu powierzchni, które umożliwia „wielokrotne, szybkie i skuteczne usuwanie graffiti”. Przedmiotowe preparaty nie mają innych właściwości, które uzasadniałyby ich kwalifikację jako wyrobów remontowych, przywracających pierwotny stan zabezpieczanej powierzchni.

4. Zabezpieczenie ekranów akustycznych i obiektów inżynierskich jest czynnością uboczną wobec czynności ich utrzymania w czystości. Czynności polegające na zabezpieczeniu ekranów akustycznych i obiektów inżynierskich przed umieszczaniem plakatów i graffiti (czyli pozycje 4 i 5 Formularza cenowego) stanowią czynności o charakterze porządkowym, a tym samym powinny zostać opodatkowane podatkiem VAT z zastosowaniem preferencyjnej stawki w wysokości 8%. Są one funkcjonalnie związane z utrzymaniem ekranów akustycznych i obiektów inżynierskich w czystości, i zarazem podporządkowane tym czynnościom. Służą bowiem takiemu zabezpieczeniu powierzchni, które ma ułatwiać jej czyszczenie. Prowadzenie czynności czyszczenia bez zabezpieczenia powierzchni byłoby wprawdzie możliwe, ale znacznie trudniejsze, droższe i dużo bardziej czasochłonne. Jak wynika z orzecznictwa NSA oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TSUE”) przywołanego przez Odwołującego „dla ustalenia czy w danym przypadku mamy do czynienia ze świadczeniem złożonym, czy też z zespołem odrębnych świadczeń istotne jest dokonanie analizy transakcji z punktu widzenia jej znaczenia ekonomicznego oraz z punktu widzenia odbiorcy świadczenia rozumianego jako przeciętny konsument” (por. wyrok z 22 października 2009 roku, w sprawie C-242/08 Swiss Re Germany Holding GmbH). Z transakcją złożoną mamy do czynienia na przykład, gdy jeden z elementów stanowi świadczenie główne, a pozostały lub pozostałe mają wobec niego charakter pomocniczy. Świadczenia te są uważane za pomocnicze, ponieważ nie stanowią celu samego w sobie, lecz środek służący jak najlepszemu skorzystaniu ze świadczenia głównego. (por. opinia Rzecznika Generalnego z 14 września 2006 roku i wyrok TSUE z dnia 29 marca 2007 roku w sprawie C-111/05 Aktiebolaget). Za świadczenie główne i podstawowe należy uznać utrzymanie w czystości elementów dróg wskazanych w STWiOP. Czynności zabezpieczania ekranów akustycznych oraz obiektów inżynierskich powinny zaś zostać uznane, zarówno z perspektywy konsumenta jak i profesjonalisty, za czynności pomocnicze. Pokrywanie ich substancjami zabezpieczającymi nie stanowi bowiem celu samego w sobie, lecz środek do osiągnięcia jak najlepszego efektu czynności polegających na czyszczeniu zabezpieczanych powierzchni. Nawet w razie przyjęcia, że czynności zabezpieczenia ekranów traktowane w oderwaniu od innych czynności objętych przedmiotem zamówienia miałyby podlegać opodatkowaniu stawką VAT w wysokości 23% to w przypadku oferty SUEZ udział usług zabezpieczających w całkowitym koszcie zamówienia wynosi ok. 13%. W konsekwencji, w świetle rozważań wyroku TSUE z dnia 29 marca 2007 roku w sprawie C-111/05 Aktiebolaget, to właśnie usługi utrzymania w czystości (poz. 1-3, oraz 6-8 Formularza cenowego) powinny więc być uznane za główne, zaś za czynności wobec nich pomocnicze powinno się uznać zabezpieczanie powłok. Powyższe prowadzi do wniosku, że czynności zabezpieczające również powinny podlegać opodatkowaniu preferencyjną stawką 8%.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że przystąpienie zgłoszone przez SUEZ spełniało wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy pzp i jako takie było skuteczne. Izba postanowiła dopuścić

do postępowania odwoławczego wykonawcę SUEZ w charakterze uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że przystąpienie zgłoszone przez Wykonawcę Spectare nie spełniało wymogów formalnych z art. 185 ust. 2 ustawy pzp, z uwagi na niedotrzymanie terminu na zgłoszenie przystąpienia. W myśl dyspozycji tego przepisu, przystąpienie zgłasza się w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania. Zgłaszający przystąpienie otrzymał kopię odwołania w dniu 16 lutego 2018 r., co wynika zarówno z treści zgłoszenia, jak i z oświadczeń Stron i Uczestnika Postępowania złożonych na posiedzeniu, a więc termin na zgłoszenie przystąpienia upłynął dnia 19 lutego 2018 r. Przystąpienie Wykonawca Spectare złożył Krajowej Izbie Odwoławczej w dniu 20 lutego 2018 r., a więc w dniu następnym. Izba postanowiła nie dopuścić zgłaszającego przystąpienie Spectare do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego, z uwagi na powyższe.

Izba oceniła, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia, jak również możliwość poniesienia szkody, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy. W przypadku uwzględnienia odwołania w całości oferta Odwołującego będzie potencjalnie ofertą najkorzystniejszą. Odwołujący może ponieść szkodę z uwagi na powyższe, przejawiającą się ostatecznie w nieuzyskaniu niniejszego zamówienia.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. wniosku o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ wraz z załącznikami, wyjaśnień treści SIWZ i modyfikacji treści SIWZ, informacji z otwarcia ofert, zawiadomienia o odrzuceniu ofert, oferty Przystępującego SUEZ, oferty Spectare i Odwołującego, wniosku skierowanego przez Zamawiającego do Urzędu Statystycznego w Łodzi i odpowiedzi Urzędu. Ponadto Izba dopuściła dowody złożone na posiedzeniu przez Odwołującego: wyciąg z SIWZ na utrzymanie ekranów akustycznych i zadaszeń tuneli na terenie Miasta Gdańska w zakresie mycia i usuwania graffiti, wyciąg z SIWZ na utrzymanie ekranów akustycznych, obiektów inżynierskich, pomników, miejsc pamięci narodowej i innych powierzchni na terenie Miasta Krakowa w zakresie mycia i usuwania graffiti, umowę nr 52/ZDM/16 zawartą pomiędzy Odwołującym a Gminą Lublin - Zarządem Dróg i Mostów w Lublinie wraz z wyciągiem z SIWZ, wyciąg z ogłoszenia o zamówieniu na bieżące utrzymanie i konserwację ekranów akustycznych zlokalizowanych w granicach administracyjnych miasta Rzeszowa, umowę nr TXZ/EEDI/192/170/2015 zawartą pomiędzy Odwołującym a Gminą Wrocław - Zarządem Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu, umowę nr TO.4407.210.1.2017 zawartą pomiędzy Odwołującym a Miastem Poznań - Zarządem Dróg Miejskich, umowę nr 1/16 zawartą pomiędzy Odwołującym a Miastem Stołecznym Warszawa - Zarządem Terenów Publicznych, umowę nr 2D/145/DZ/43-w/2016 zawartą pomiędzy Odwołującym a Gminą Miasta Gdyni - Zarządem Dróg i Zieleni, a także Przystępującego SUEZ: Interpretację Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 2 października 2012 roku, znak IPPP3/443-646/12-4/SM, Interpretację Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 17 lutego 2012 roku, znak ILPP2/4431 536/1 1-4/MN, Interpretację Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 4 marca 2014 roku, znak IBPP2/443-1079/13/Cz., interpretację indywidualną z dnia 21 kwietnia 2017 roku, znak: 2461-1BPP2.4512.131.2017.2.PG, charakterystyki środków zabezpieczających oraz wniosek Firmy SITA Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do Urzędu Statystycznego w Łodzi wraz z odpowiedzią. Ponadto Izba dopuściła dowody dołączone do odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie: STWiOP do postępowania nr DPZ/4/PN/4/16, kopię informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z 19 maja 2016 r., kopię pisma o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty z 19 maja 2016 r., kopię oferty Odwołującego z 15 marca 2016 r., STWiOP do postępowania nr DZP/8/PN/8/15, kopię informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z 18 sierpnia 2015 r., kopię oferty Odwołującego z 13 maja 2015 r., kopię umowy nr DZP/8/PN/8/15.

Na podstawie tych dokumentów oraz stanowisk stron i uczestnika postępowania prezentowanych na rozprawie Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Mianowicie, Izba ustaliła, że w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego otwarcie ofert odbyło się 29 stycznia 2018 r., a w postępowaniu oferty złożyło czterech Wykonawców. Wykonawca SUEZ (cena ofertowa brutto: 3 997 839,24 zł) oraz Wykonawca Spectare (cena ofertowa brutto: 3 037 662,00 zł) zastosowali w cenie oferty stawkę 8% VAT, natomiast Odwołujący (cena ofertowa brutto: 3 356 055,00 zł) oraz Konsorcjum Firm: ALBLU sp. z o.o. oraz INTOP Warszawa sp. z o.o. (cena ofertowa brutto: 4 250 000,55 zł) stawkę 23% VAT. Pismem z dnia 6 lutego 2018 r. Zamawiający odrzucił oferty, w tym ofertę Odwołującego, w których zastosowano stawkę 23% VAT, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy pzp z uwagi na błąd w obliczeniu ceny. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in. że „zakres zastosowania powyższego przepisu w kontekście obliczenia ceny oferty z uwzględnieniem niewłaściwej stawki podatku od towarów i usług był wielokrotnie analizowany przez Krajową Izbę Odwoławczą, sądy powszechne i Sąd Najwyższy (uchwała z dnia 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 53/11). Zamówienie publiczne pt. „Czyszczenie drogowych obiektów inżynierskich ekranów akustycznych zlokalizowanych na

terenie m.st. Warszawy”, ma na celu wykonanie usług polegających na usunięciu zanieczyszczeń z powierzchni ekranów akustycznych oraz z drogowych obiektów inżynierskich zlokalizowanych na terenie m.st. Warszawy znajdujących się w utrzymaniu tutejszej jednostki, metodami ręcznymi przy użyciu np. gąbek szczotek, myjek ciśnieniowych. Zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. z 2017 r., poz. 1221, z późn. zm.) opodatkowaniu podatkiem VAT podlega m.in. odpłatne świadczenie usług. Na podstawie art. 41 ust. 1 związku z art. 146a pkt 1 ustawy o VAT podstawowa stawka podatku VAT na usługi świadczone w 2018 r. wynosi 23%. W przypadku niektórych usług ustawodawca przewidział obniżoną stawkę podatku VAT. Zgodnie z art. 41 ust. 2 w związku z art. 146a pkt 2 ustawy o VAT usługi opodatkowane obniżoną stawką VAT (8%) zostały wymienione w załączniku nr 3 do ustawy o VAT. W pozycji 174 tego załącznika znajdują się „Usługi zamiatania śmieci i usuwania śniegu” o symbolu PKWiU 81.29.12.0. Celem potwierdzenia prawidłowości zaklasyfikowania ww. usług wg Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (dalej „PKWiU”), wprowadzonej rozporządzeniem Ministrów z dnia 4 września 2015 r. (Dz. U. 2015 poz. 1676, z późn. zm.), Zamawiający wystąpił pismem nr ZDM-U01.704.26.2018.1N1 (1) z dnia 19.01.2018 r. do Urzędu Statystycznego w Łodzi z wnioskiem o wydanie informacji w tym zakresie tj. zaklasyfikowania tych usług do odpowiedniej grupy PKWiU. Opinia Urzędu Statystycznego w Łodzi, przedstawiona w piśmie nr LDZ - OKN.4221.384.2018.KU.1 z dnia 26.01. 2018 r., potwierdziła poprawność przyjętego przez Zamawiającego zaklasyfikowania usług do grupowania PKWiU 81.29.12.0 „Usługi zamiatania śmieci i usuwania śniegu” — poz. 174 załącznika nr 3 do ustawy o podatku towarów i usług. Prawidłowym jest przyjęcie zastosowania do usług objętych zamówieniem stawki VAT 8%.”

We wniosku o udzielenie zamówienia wskazano, że kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia została określona z zastosowaniem 8% stawki podatku VAT. W uzasadnieniu braku podziału zamówienia na części podkreślono brak możliwości przewidzenia w jakim zakresie ilościowym usługi będą zlecane. Z uwagi na brak precyzyjnego określenia zakresu ilościowego wskazano jedynie szacunkowe ilości, umożliwiając zlecenie usług według potrzeb.

Zgodnie z pkt 5 SIWZ termin realizacji zamówienia został określony następująco: „Zamawiający wymaga, aby zamówienie zostało zrealizowane: rozpoczęcie: od dnia zawarcia umowy, zakończenie: do dnia 16.12.2019 r. lub do wydatkowania całej kwoty, o której mowa w § 3 ust. 1 umowy - w zależności od tego które nastąpi wcześniej.”

W myśl postanowień pkt 12 SIWZ - opis sposobu obliczenia ceny oferty: „12.1. Cena oferty powinna zostać wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o całkowity zakres prac przedstawiony w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Prac z załącznikami (Rozdział V), formularzu cenowym i uznaje się, że w całości pokrywa wynagrodzenie Wykonawcy, za które zobowiązuje się wykonać całość przedmiotu zamówienia. 12.2. Wykonawca przedstawi w formularzu cenowym ceny jednostkowe netto oraz wartości netto oddzielnie dla każdej wyszczególnionej pozycji. 12.3. Cenę oferty netto stanowić będzie suma wartości netto dla wszystkich pozycji wyszczególnionych w formularzu cenowym. Cenę oferty brutto Wykonawca uzyska powiększając cenę oferty netto o należny podatek VAT. 12.4. Cenę oferty brutto, podaną w formularzu cenowym, Wykonawca powinien przenieść do Formularza oferty. 12.5. Wykonawca nie może w formularzu cenowym samodzielnie zmieniać, pomijać lub wprowadzać dodatkowych pozycji (pod rygorem odrzucenia oferty).

W formularzu cenowym (załącznik nr 4 do SIWZ) wskazano na następujące pozycje rozliczeniowe:

1. Mycie ekranów akustycznych - 1 100 000 m<sup>2</sup>,
2. Usuwanie graffiti z ekranów akustycznych i z drogowych obiektów inżynierskich - 38 500 m<sup>2</sup>,
3. Usuwanie plakatów z ekranów akustycznych i z drogowych obiektów inżynierskich - 300 m<sup>2</sup>,
4. Zabezpieczenie ekranów akustycznych i drogowych obiektów inżynierskich przed graffiti i plakatami systemami permanentnymi/trwałymi na bazie silikonów i/lub silikatów - 300 m<sup>2</sup>,
5. Zabezpieczenie ekranów akustycznych i drogowych obiektów inżynierskich przed graffiti i plakatami systemami zmywalnymi na bazie mikro-wosków - 35 000 m<sup>2</sup>,
6. Mycie gzymsów - 95 000 m<sup>2</sup>,
7. Mycie balustrad - 110 000 m<sup>2</sup>,
8. Mycie drogowych obiektów inżynierskich - 40 000 m<sup>2</sup>.

Wykonawcy byli zobowiązani wpisać w Tabeli ceny jednostkowe netto w zł. Następnie po zsumowaniu poz. 1-8 mieli wskazać cenę ogółem netto, VAT w % oraz w kwocie w zł oraz cenę brutto w zł.

Zamawiający zastrzegł w formularzu, że: „Ceny jednostkowe netto oraz wartość netto należy podać z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Ceny jednostkowe podane w Formularzu cenowym nie będą podlegały zmianie przez cały okres trwania umowy. Zamawiający zastrzega, iż ilość przewidywanych jednostek jest podana orientacyjnie i stanowi podstawę oceny oferty.”

We wzorze umowy w § 3 określono: „1. Całkowite wynagrodzenie za prawidłowe

i terminowe wykonanie Przedmiotu zamówienia nie przekroczy kwoty: netto \_\_\_\_zł

(słownie: \_\_\_\_\_), podatek VAT \_\_\_\_% \_\_\_\_\_zł, brutto \_\_\_\_\_zł

(słownie: \_\_\_\_\_) zgodnie z Ofertą stanowiącą załącznik nr 1 do niniejszej umowy. 2.

Kwota wynagrodzenia określona w ust. 1 zawiera wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia wynikające wprost ze STWiOP, jak również nie ujęte w STWiOP, a niezbędne do wykonania Przedmiotu zamówienia, tj. wszelkie prace i czynności towarzyszące, w tym wynikające z organizacji ruchu na czas wykonywania poszczególnych prac będących Przedmiotem zamówienia, dostępu do miejsc ich wykonania, uzyskania niezbędnych uzgodnień, organizacji niezbędnego sprzętu i urządzeń, poboru energii elektrycznej, wody itp. 3. Podstawą ustalenia wynagrodzenia będą obmiary prac faktycznie wykonanych przez Wykonawcę w danym okresie rozliczeniowym obejmującym miesiąc kalendarzowy po cenach jednostkowych wskazanych w Formularzu cenowym Oferty. Ceny jednostkowe poszczególnych prac zawarte w Formularzu cenowym Oferty Wykonawcy są stałe i nie ulegają zmianom w całym okresie obowiązywania niniejszej umowy. 4. Rozliczenie wynagrodzenia Wykonawcy następować będzie w okresach miesięcznych na podstawie faktur VAT wystawionych w oparciu o podpisane przez Strony Protokoły odbioru częściowego, potwierdzające należyte wykonanie prac. Ostateczne rozliczenie wynagrodzenia Wykonawcy nastąpi na podstawie faktury VAT wystawionej w oparciu o podpisane przez Strony ostatni Protokół odbioru częściowego, który jednocześnie stanowić będzie Protokół odbioru końcowego Przedmiotu zamówienia. 5. Protokoły częściowego i końcowego odbioru prac zostaną sporządzone na podstawie faktycznych ilości wykonanych prac potwierdzonych przez Zamawiającego. Do każdego Protokołu odbioru częściowego oraz Protokołu odbioru końcowego Wykonawca załączy Zestawienie wykonanych prac, stanowiące załącznik nr 3 do STWiOP wraz z potwierdzającą wykonanie dokumentacją fotograficzną.”

W § 5 wzoru umowy w zakresie rękojmi za wady postanowiono: „1. Wykonawca jest odpowiedzialny względem Zamawiającego z tytułu rękojmi za wady ujawnione w okresie 24 miesięcy, liczonym od daty podpisania przez Strony Protokołu odbioru końcowego, o którym mowa w § 3 ust. 4 i 5 umowy. 2. W przypadku stwierdzenia wad Przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności wad powstałych z przyczyn tkwiących w wykonanych powłokach antygraffiti/antyplakat, Zamawiającemu będą przysługiwały uprawnienia wynikające z rękojmi za wady na zasadach określonych w Kodeksie cywilnym. 3. Wykonawca jest zobowiązany do wykonania zobowiązań wynikających z rękojmi za wady w odpowiednim terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, nie dłuższym jednak niż 14 dni kalendarzowych, chyba że wystąpią szczególne okoliczności uzasadniające wydłużenie przez Zamawiającego przedmiotowego terminu. 4. Wykonawca udziela Zamawiającemu rękojmi na wykonane w ramach realizacji Przedmiotu zamówienia, trwale powłoki antygraffiti/antyplakat na następujących warunkach: 1) okres trwałości powłoki: minimum 2 lata; 2) trwałość powłoki: minimum 15 zmywań, nałożony system zapewnia wielokrotne usuwanie graffiti i plakatów bez konieczności odnawiania powłoki; 3) nie powoduje odbarwień, przebarwień, zmiany koloru, zmiany przejrzystości powierzchni, na którą jest nakładana; 4) nie podlega przebarwieniom po naniesieniu i utwardzeniu na zabezpieczonej powierzchni. 5. W okresie rękojmi Wykonawca jest obowiązany na koszt własny do wymiany wadliwej powłoki na wolną od wad lub usunięcia wszelkich wad powłoki, w tym wynikających z nieprawidłowego wykonania umowy lub z jakiegokolwiek działania, zaniechania lub zaniedbania Wykonawcy przy jej realizacji. Koszty te obejmują w szczególności koszty zakupu, dostawy materiałów, robocizny oraz sprzętu i personelu. 6. W przypadku zwłoki w wymianie rzeczy wadliwych albo w usunięciu wad przez Wykonawcę, w tym terminie wskazanym przez Zamawiającego, a także w przypadku nieprawidłowego wykonania obowiązków z tytułu rękojmi ciężących na Wykonawcy, Zamawiający ma prawo do zlecenia zastępczego ich wykonania innemu, wybranemu przez siebie wykonawcy, na koszt i ryzyko Wykonawcy. 7. Koszty wykonania zastępczego pokrywa w całości Wykonawca na wezwanie Zamawiającego. Zamawiającemu przysługuje prawo potrącenia kosztów wykonania zastępczego z dowolnych należności Wykonawcy przysługujących mu od Zamawiającego.”

Paragraf 6 wzoru umowy zawiera obowiązki i prawa Wykonawcy oraz Zamawiającego, w tym m.in.: „2. Za wykonanie prac zgodnie z umową i przekazanie ich do odbioru w określonym terminie i w formie Zamawiającemu, o których mowa w STWiOP, odpowiada Wykonawca. 5. Wykonawca zobowiązany jest do sporządzenia i przedstawienia Zamawiającemu do uzgodnienia harmonogramu mycia ekranów akustycznych, gzymsów i balustrad obejmującego cały okres trwania umowy, w terminie 14 dni kalendarzowych, liczonym od dnia zawarcia umowy. Harmonogram ten może zostać przekazany do uzgodnienia drogą elektroniczną na adres e-mail przedstawiciela Zamawiającego, wskazany w § 13 ust. 3 umowy. 6. Wykonawca zobowiązany jest w trakcie trwania umowy do sporządzania i przedstawiania Zamawiającemu do uzgodnienia miesięcznych harmonogramów mycia ekranów akustycznych, gzymsów i balustrad, nie później niż na 5 dni kalendarzowych przed rozpoczęciem danego miesiąca. Harmonogramy te mogą być przekazywane do uzgodnienia drogą elektroniczną na adres e-mail przedstawiciela Zamawiającego, wskazany w § 13 ust. 3 umowy. 7. Zamawiający może wnieść uwagi do przedłożonych harmonogramów, o których mowa w ust. 5 i 6, w terminie 7 dni kalendarzowych od dnia ich otrzymania, a Wykonawca jest zobowiązany do ich uwzględnienia w ciągu 3 dni kalendarzowych od dnia ich otrzymania. Zmiany harmonogramu dopuszczane są wyłącznie po uzyskaniu pisemnej, uprzedniej zgody Zamawiającego. 8. Zamawiający w trakcie trwania umowy w uzasadnionych przypadkach np. ze względu na planowane prace w pasie drogowym, ma prawo zmieniać harmonogramy, o których mowa ust. 5 i 6, a Wykonawca zobowiązany jest do uwzględnienia tych zmian. Harmonogramy te mogą zostać zmienione również na uzasadniony pisemny wniosek Wykonawcy, po uprzedniej pisemnej akceptacji Zamawiającego. 9. Zamawiający w trakcie trwania umowy będzie zlecał Wykonawcy według potrzeb, wykonanie czyszczenia w zakresie usuwania graffiti i plakatów oraz zabezpieczenia powierzchni systemami antygraffiti/antyplakat drogowych obiektów inżynierskich i ekranów akustycznych zlokalizowanych na terenie m.st. Warszawy. 10. Zamawiający w trakcie trwania umowy będzie zlecał Wykonawcy według potrzeb, mycie drogowych obiektów inżynierskich zlokalizowanych na terenie m.st. Warszawy. 11. Wykonawca rozpocznie mycie ekranów akustycznych, gzymsów i balustrad w terminie do 2 dni kalendarzowych, liczonym od daty wskazanej w miesięcznym harmonogramie prac ustalonym przez Strony. Usługa musi zostać zakończona i przedstawiona do odbioru Zamawiającemu najpóźniej w terminie wskazanym w ustalonym pomiędzy Stronami harmonogramie, o którym mowa w ust. 6. 12. Wykonawca rozpocznie usuwanie graffiti i plakatów w terminie do 2 dni kalendarzowych, liczonym od daty otrzymania zlecenia od Zamawiającego. Usługa musi zostać wykonana i przedstawiona do

odbioru Zamawiającemu w terminie .... dni, zgodnym z Ofertą Wykonawcy, liczonym od daty

otrzymania zlecenia od Zamawiającego. 13. Wykonawca rozpocznie zabezpieczanie powierzchni systemami antygraffiti/antyplakat w terminie do 2 dni kalendarzowych, liczonym od daty otrzymania zlecenia od Zamawiającego. Usługa musi zostać wykonana i przedstawiona do odbioru Zamawiającemu w terminie ... dni, zgodnym z Ofertą Wykonawcy, liczonym od daty otrzymania zlecenia od Zamawiającego. 14. Wykonawca rozpocznie mycie wskazanych przez Zamawiającego drogowych obiektów inżynierskich w terminie do 2 dni kalendarzowych, liczonym od daty otrzymania zlecenia od Zamawiającego. Usługa musi zostać wykonana i przedstawiona do odbioru Zamawiającemu, w terminie ... dni, zgodnym z Ofertą Wykonawcy, liczonym od daty otrzymania zlecenia od Zamawiającego. 15. Mycie/czyszczenie/zabezpieczanie ekranów akustycznych oraz drogowych obiektów inżynierskich, w tym gzymsów i balustrad na ulicach o dużym natężeniu ruchu, Wykonawca zobowiązany jest wykonywać w dni wolne od pracy, bądź w porach nocnych (w godz. od 22:00 do 6:00) oraz w dni robocze, ale poza godzinami szczytu ruchu kołowego tj. poza godzinami: 06:00-10:00 i 15:00-19:00. Niedopuszczalne jest spowodowanie zatorów, bądź znaczących utrudnień w ruchu pieszym, kołowym, tramwajowym, bądź kolejowym. 16. Wykonawca ma obowiązek uprzątnąć teren po wykonaniu prac, w tym m.in. nie pozostawiać zastoisk wody, a w okresie jesienno-zimowym skutecznie zabezpieczyć powierzchnie płaskie wokół czyszczonego/zabezpieczonego obiektu przed zlodowaceniem, poprzez posypanie środkami odladzającymi przeznaczonymi do stosowania na określonych powierzchniach. 17. Zamawiający będzie przekazywał zlecenia drogą elektroniczną na adres e-mail przedstawiciela Wykonawcy, wskazany w § 13 ust. 4 umowy. Za otrzymanie zlecenia od Zamawiającego rozumie się datę nadania wiadomości elektronicznej (mail'a) przez Zamawiającego na ww. adres e-mail przedstawiciela Wykonawcy. Zamawiający na wniosek Wykonawcy, może równoległe do ww. czynności informować Wykonawcę również telefonicznie. 18. W sytuacji uzasadnionej, na pisemny wniosek Wykonawcy (przekazany drogą elektroniczną), złożony przed terminem rozpoczęcia lub zakończenia usługi, Zamawiający może wskazać Wykonawcy nowy termin rozpoczęcia, bądź ostatecznego zakończenia pracy, w tym możliwość dokonania poprawkowego mycia/czyszczenia/zabezpieczenia obiektu. Wniosek ten musi zawierać propozycję nowego terminu rozpoczęcia oraz zakończenia usługi, wraz ze stosownym uzasadnieniem.”

W Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Prac wskazano:

## „1. Przedmiot zamówienia

1.1. Mycie ekranów akustycznych zlokalizowanych w ciągach dróg krajowych, wojewódzkich i powiatowych na terenie m.st. Warszawy oraz ekranów akustycznych przekazanych do eksploatacji Zamawiającemu w trakcie trwania umowy.

1.2. Usuwanie graffiti z ekranów akustycznych oraz z drogowych obiektów inżynierskich zlokalizowanych w ciągach dróg krajowych, wojewódzkich i powiatowych na terenie m.st. Warszawy oraz z obiektów przekazanych do eksploatacji Zamawiającemu w trakcie trwania umowy.

1.3. Usuwanie plakatów z ekranów akustycznych oraz z drogowych obiektów inżynierskich zlokalizowanych w ciągach dróg krajowych, wojewódzkich i powiatowych na terenie m.st. Warszawy oraz z obiektów przekazanych do eksploatacji Zamawiającemu w trakcie trwania umowy.

1.4. Zabezpieczanie ekranów akustycznych i drogowych obiektów inżynierskich zlokalizowanych w ciągach dróg krajowych, wojewódzkich i powiatowych na terenie m.st. Warszawy, przed umieszczaniem graffiti i plakatów permanentnym/ trwałym systemem powłokowym na bazie silikonów i/lub silikatów.

1.5. Zabezpieczanie ekranów akustycznych i drogowych obiektów inżynierskich zlokalizowanych w ciągach dróg krajowych, wojewódzkich i powiatowych na terenie m.st. Warszawy, przed umieszczaniem graffiti i plakatów zmywalnym systemem powłokowym na bazie mikro - wosków.

1.6. Mycie gzymsów drogowych obiektów inżynierskich zlokalizowanych w ciągach dróg krajowych, wojewódzkich i powiatowych na terenie m.st. Warszawy oraz gzymsów obiektów przekazanych do eksploatacji Zamawiającemu w trakcie trwania umowy.

1.7. Mycie balustrad drogowych obiektów inżynierskich zlokalizowanych w ciągach dróg krajowych, wojewódzkich i powiatowych na terenie m.st. Warszawy oraz balustrad obiektów przekazanych do eksploatacji Zamawiającemu w trakcie trwania umowy.

1.8. Mycie drogowych obiektów inżynierskich (z wyłączeniem gzymsów i balustrad) zlokalizowanych w ciągach dróg krajowych, wojewódzkich i powiatowych na terenie m.st. Warszawy oraz obiektów przekazanych do eksploatacji Zamawiającemu w trakcie trwania umowy.”

## „3. Zakres usług do wykonania w ramach realizacji Przedmiotu zamówienia

### 3.1. Mycie ekranów akustycznych

3.1.1. Mycie należy wykonywać przy zastosowaniu ciepłej wody z użyciem detergentu oraz urządzeń wysokociśnieniowych (ciśnienie wody należy dobrać stosownie do rodzaju czyszczonej powierzchni), gąbek, szczotek z miękkim włosiem, itp., zapewniających dokładne i efektywne usunięcie wszelkich zabrudzeń, nalotów, mchów, porostów, w sposób niszczący czyszczonej powierzchni, w tym istniejących powłok antygraffiti/antyplakat.

3.1.2. Myciu podlegają wszystkie elementy ekranu akustycznego, w tym m.in.: podwaliny, słupy, wypełnienia akustyczne wraz z ramami i zewnętrznymi uszczelkami itd. Należy zwrócić

szczególną uwagę na miejsca newralgiczne konstrukcji ekranów tj. wymagane jest oczyszczenie stóp słupów stalowych, miejsc styku podwalina/panel akustyczny/słup stalowy, szczytu słupów (górnej części panelu akustycznego/ reduktora hałasu), ram aluminiowych, zewnętrznych uszczelek.

3.1.3. Wykonawca zobowiązany jest do stosowania detergentów ułatwiających usuwanie istniejących zabrudzeń, w tym zanieczyszczeń emitowanych przez transport drogowy (m.in. tłuszcz, zanieczyszczeń jonowych oraz zabrudzeń zgromadzonych po zimowym utrzymaniu dróg), dobranych stosownie do rodzaju czyszczonej powierzchni (tworzywo sztuczne, aluminium, stal, beton, powierzchnia zabezpieczona/niezabezpieczona trwałymi/ zmywalnymi systemami antygraffiti/antyplakat), zgodnie z zaleceniami producenta kartą techniczną/kartą charakterystyki środka czyszczącego oraz z instrukcją eksploatacji poszczególnych obiektów m.in. zabezpieczonych powłokami antygraffiti.

3.1.4. Po usunięciu zabrudzeń, powierzchnię należy spłukać czystą wodą pod ciśnieniem, celem usunięcia zastosowanych detergentów/środków chemicznych.

3.1.5. Czyszczenie należy prowadzić przy zastosowaniu środków chemicznych obojętnych dla gleby, traw i roślin nie powodujących szkód w zieleńcu w obrębie czyszczonych

obiektów.

3.1.6. Wykonawca zobowiązany jest zutylizować wszystkie zanieczyszczenia powstałe w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia oraz uprzątnąć po sobie teren wokół czyszczonego obiektu, w tym np. nie pozostawiać zastoisk wody, a w okresie jesienno-zimowym skutecznie zabezpieczyć powierzchnie płaskie wokół czyszczonego obiektu przed zlodowaceniem, poprzez posypanie środkami odladzającymi przeznaczonymi do stosowania na określonych powierzchniach.

3.1.7. Graffiti, plakaty, naklejki oraz wlepki znajdujące się na powierzchniach ekranów akustycznych należy bezwzględnie usunąć przed przystąpieniem do prac związanych z ich myciem. Rozliczenie ww. prac nastąpi w ramach odpowiednich pozycji rozliczeniowych tj. „Usuwanie graffiti z ekranów akustycznych i z drogowych obiektów inżynierskich”, „Usuwanie plakatów z ekranów akustycznych i z drogowych obiektów inżynierskich”.

### 3.2. Usuwanie graffiti z ekranów akustycznych i z drogowych obiektów inżynierskich

3.2.1. Usuwanie graffiti, w tym wszelkiego rodzaju malunki naniesione różnymi technikami i farbami, markerami etc. należy wykonywać w sposób zapewniający dokładne i efektywne jego usunięcie, nie pozostawiając cieni, nie uszkadzając czyszczonej powierzchni i istniejących trwałych powłok antygraffiti/antyplakat, zgodnie z instrukcją producenta użytego środka chemicznego oraz zgodnie z instrukcją eksploatacji poszczególnych obiektów zabezpieczonych powłoką antygraffiti.

3.2.2. Środek chemiczny oraz technologię czyszczenia należy dobrać stosownie do rodzaju czyszczonej powierzchni tj. tworzywa sztucznego, betonu, stali, granitu/marmuru, piaskowca, do powierzchni zabezpieczonych/niezabezpieczonych systemami trwałymi/zmywalnymi antygraffiti/antyplakat itp.

3.2.3. Pojedyncze graffiti należy usuwać pełnymi polami prostokąta, kwadratu lub w zakresie wynikającym z architektury danego obiektu. Nie dopuszcza się usuwania graffiti po jego obrębie.

3.2.4. Wykonawca przed zastosowaniem konkretnego środka chemicznego zobowiązany jest

wykonać próbę na czyszczonej powierzchni w miejscu mało widocznym. Nie dopuszcza się, aby nałożony środek w jakikolwiek sposób uszkodził, w tym odbarwił/rozpuścił/"spalił" czyszczonej powierzchnię. Za wszelkie szkody wynikające z doboru złej technologii, urządzeń, bądź użytego środka czyszczącego/chemicznego, odpowiada Wykonawca, a wszelkie uszkodzenia powstałe w wyniku realizacji prac, naprawi we własnym zakresie i na własny koszt, w uzgodnieniu z Zamawiającym.

3.2.5. Czyszczenie należy prowadzić przy zastosowaniu środków chemicznych obojętnych dla gleby, traw i roślin nie powodujących szkód w zieleńcu w obrębie czyszczonych obiektów.

3.2.6. Wykonawca zobowiązany jest zutylizować wszystkie zanieczyszczenia powstałe w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia oraz uprzątnąć po sobie teren wokół obiektu, w tym np. nie pozostawiać zastoisk wody, a w okresie jesienno-zimowym, skutecznie zabezpieczyć powierzchnie płaskie wokół czyszczonego obiektu przed zlodowaceniem, poprzez posypanie środkami odladzającymi przeznaczonymi do stosowania na określonych powierzchniach.

3.2.7. W przypadku braku możliwości skutecznego usunięcia graffiti przy pomocy środków chemicznych (przeznaczonych do usuwania graffiti) dopuszcza się możliwość wykonania miejscowych przemalowań po uprzednim uzgodnieniu z Zamawiającym technologii oraz kolorystyki ich wykonania uwzględniającej odpowiednie przygotowanie powierzchni przed malowaniem, zastosowanie odpowiedniego gruntu, farb etc. Wykonane prace zostaną rozliczone w ramach pozycji rozliczeniowej „Usuwanie graffiti z ekranów akustycznych i z drogowych obiektów inżynierskich”.

### 3.3. Usuwanie plakatów z ekranów akustycznych i z drogowych obiektów inżynierskich

3.3.1. Usuwanie plakatów, w tym wszelkiego rodzaju naklejek, wlepek, klejów etc. naniesione różnymi technikami, należy wykonywać w sposób zapewniający dokładne i efektywne ich usunięcie w sposób nieuszkodzający czyszczonej powierzchni oraz istniejących trwałych powłok antygraffiti/antyplakat, zgodnie z instrukcją producenta użytego środka czyszczącego oraz zgodnie z instrukcją eksploatacji poszczególnych obiektów zabezpieczonych powłoką antygraffiti.

3.3.2. Środek chemiczny oraz technologię czyszczenia należy dobrać stosownie do rodzaju

czyszczonej powierzchni tj. do tworzywa sztucznego, betonu, stali, granitu/marmuru, piaskowca, powierzchni zabezpieczonych/niezabezpieczonych powłokami trwałymi/zmywalnymi antygraffiti/antyplakat itp.

3.3.3. Czyszczenie należy prowadzić przy zastosowaniu środków chemicznych obojętnych dla gleby, traw i roślin nie powodujących szkód w zieleńcu w obrębie czyszczonych obiektów.

3.3.4. Wykonawca zobowiązany jest zutilizować wszystkie zanieczyszczenia powstałe w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia oraz uprzątnąć po sobie teren wokół obiektu, w tym np. nie pozostawiać zastoisk wody, a w okresie jesienno-zimowym, skutecznie zabezpieczyć powierzchnie płaskie wokół czyszczonego obiektu przed zlodowaceniem, poprzez posypanie środkami odladzającymi przeznaczonymi do stosowania na określonych powierzchniach.

3.4. Zabezpieczanie ekranów akustycznych i drogowych obiektów inżynierskich przed umieszczaniem graffiti i plakatów, powłokowym systemem permanentnym/trwałym na bazie silikonów i/lub silikatów

3.4.1. Wymagania, co do właściwości użytego przez Wykonawcę trwałego (permanentnego) systemu antygraffiti/antyplakat: a) Okres trwałości: minimum 2 lata. b) Trwałość minimum do 15 zmywań - nałożony system zapewnia wielokrotne usuwanie graffiti i plakatów bez konieczności odnawiania powłoki. c) Nie powoduje odbarwień, przebarwień, zmiany koloru, zmiany przejrzystości powierzchni, na którą jest nakładany. d) Nie podlega przebarwieniom po naniesieniu i utwardzeniu na zabezpieczonej powierzchni.

3.4.2. Wykonywanie powłok prowadzić w sposób zapewniający dokładne i efektywne pokrycie

zabezpieczanej powierzchni, zgodnie z zaleceniami producenta użytego środka.

3.4.3. Środek oraz technologię wykonania systemu należy dobrać stosownie do rodzaju zabezpieczanej powierzchni tj. do tworzywa sztucznego, betonu, stali, granitu/marmuru, piaskowca itp., w tym należy uwzględnić odpowiednie przygotowanie powierzchni przed nałożeniem powłoki m.in.: oczyszczenie z zanieczyszczeń, osuszenie, odtłuszczenie itp. bez

uwzględnienia usunięcia graffiti i plakatów - których usunięcie w przypadku wystąpienia na zabezpieczanej powierzchni zostanie zlecone i rozliczone odpowiednio z pozycji: „Usuwanie graffiti z ekranów akustycznych i z drogowych obiektów inżynierskich”, „Usuwanie plakatów z ekranów akustycznych i z drogowych obiektów inżynierskich”.

3.4.4. Zabezpieczanie należy prowadzić przy zastosowaniu środków chemicznych obojętnych dla gleby, traw i roślin nie powodujących szkód w zieleńcu w obrębie czyszczonych obiektów.

3.4.5. Wykonawca zobowiązany jest zutilizować wszystkie zanieczyszczenia powstałe w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia oraz uprzątnąć po sobie teren wokół obiektu, w tym np. nie pozostawiać zastoisk wody, a w okresie jesienno-zimowym, skutecznie zabezpieczyć powierzchnie płaskie wokół czyszczonego obiektu przed zlodowaceniem, poprzez posypanie środkami odladzającymi przeznaczonymi do stosowania na określonych powierzchniach.

3.5. Zabezpieczanie ekranów akustycznych i drogowych obiektów inżynierskich przed umieszczaniem graffiti i plakatów, powłokowym systemem zmywalnym na bazie mikro - wosków

3.5.1. Wymagania, co do właściwości użytego przez Wykonawcę zmywalnego systemu antygraffiti/antyplakat: a) Okres trwałości: minimum 2 lata. b) Nie powoduje odbarwień/przebarwień/zmiany koloru/zmiany przejrzystości powierzchni, na którą jest nakładany. c) Nie podlega przebarwieniom po naniesieniu i utwardzeniu na zabezpieczonej powierzchni.

3.5.2. Wykonywanie powłok prowadzić w sposób zapewniający dokładne i efektywne pokrycie

zabezpieczanej powierzchni, zgodnie z zaleceniami producenta użytego środka.

3.5.3. Środek oraz technologię wykonania systemu należy dobrać stosownie do rodzaju zabezpieczanej powierzchni tj. do tworzywa sztucznego, betonu, stali, granitu/marmuru, piaskowca itp., w tym należy uwzględnić odpowiednie przygotowanie powierzchni przed nałożeniem powłoki m.in.: oczyszczenie, osuszenie, odtłuszczenie itp. bez uwzględnienia usunięcia graffiti i plakatów - których usunięcie w przypadku wystąpienia na zabezpieczanej

powierzchni zostanie zlecone i rozliczone odpowiednio z pozycji: „Usuwanie graffiti z ekranów akustycznych i z drogowych obiektów inżynierskich”, „Usuwanie plakatów z ekranów akustycznych i z drogowych obiektów inżynierskich”.

3.5.4. Zabezpieczanie należy prowadzić przy zastosowaniu środków chemicznych obojętnych dla gleby, traw i roślin nie powodujących szkód w zieleńcu w obrębie czyszczonych obiektów.

3.5.5. Wykonawca zobowiązany jest zutilizować wszystkie zanieczyszczenia powstałe w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia oraz uprzątnąć po sobie teren wokół obiektu, w tym np. nie pozostawiać zastoisk wody, a w okresie jesienno-zimowym, skutecznie zabezpieczyć powierzchnie płaskie wokół czyszczonego obiektu przed zlodowaceniem, poprzez posypanie środkami odladzającymi przeznaczonymi do stosowania na określonych powierzchniach.

3.6. Mycie gzymsów i balustrad drogowych obiektów inżynierskich

3.6.1. Mycie należy wykonywać przy zastosowaniu ciepłej wody z detergentem i urządzeń wysokociśnieniowych (ciśnienie wody należy dobrać stosownie do rodzaju czyszczonej powierzchni), gąbek, szczotek z miękkim włosiem, itp., gwarantujących dokładne i efektywne usunięcie zabrudzeń oraz zanieczyszczeń emitowanych przez transport drogowy (m.in. tłuszczu, zanieczyszczeń jonowych oraz zabrudzeń zgromadzonych po zimowym utrzymaniu dróg), jak również piasku, żwiru, mchów i porostów zgromadzonych na czyszczonych powierzchniach, w tym na kapach gzymsowych, pod balustradą etc., w sposób nieuszkodzający czyszczonej powierzchni, nie powodujący powstawania zacieków i rozmazania brudu. Wyłączeniu z mycia podlegają powierzchnie płaskie tj. chodniki i jezdnie przyległe do czyszczonych gzymsów, schodów, etc. W przypadku wystąpienia takiej konieczności, powierzchnie znajdujące się pod balustradami/ na kapie gzymsowej przed przystąpieniem do mycia należy oczyścić z zanieczyszczeń (piasek etc.).

3.6.2. Wykonawca zobowiązany jest do stosowania detergentów ułatwiających usuwanie istniejących zabrudzeń, dobranych stosownie do rodzaju czyszczonej powierzchni (aluminium, stal, beton, powierzchnia zabezpieczona/niezabezpieczona trwałymi/ zmywalnymi systemami

antygraffiti/antyplakat), zgodnie z zaleceniami producenta kartą techniczną/kartą charakterystyki środka czyszczącego oraz z instrukcją eksploatacji poszczególnych obiektów m.in. zabezpieczonych powłokami antygraffiti.

3.6.3. Po usunięciu zabrudzeń, powierzchnię należy spłukać czystą wodą pod ciśnieniem, celem usunięcia zastosowanych detergentów/środków chemicznych.

3.6.4. Czyszczenie należy prowadzić przy zastosowaniu środków chemicznych obojętnych dla gleby, traw i roślin nie powodujących szkód w zieleńcu w obrębie czyszczonych obiektów.

3.6.5. Wykonawca zobowiązany jest zutilizować wszystkie zanieczyszczenia powstałe w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia oraz uprzątnąć po sobie teren wokół czyszczonego obiektu, konstrukcji w tym np. nie pozostawiać zastoisk wody, a w okresie jesienno-zimowym, skutecznie zabezpieczyć powierzchnie płaskie wokół czyszczonego obiektu przed zlodowaceniem, poprzez posypanie środkami odladzającymi przeznaczonymi do stosowania na określonych powierzchniach.

3.6.6. Graffiti, plakaty, naklejki oraz wlepki znajdujące się na powierzchniach gzymsów i balustrad należy bezwzględnie usunąć przed przystąpieniem do prac związanych z ich myciem. Rozliczenie ww. prac nastąpi w ramach odpowiednich pozycji rozliczeniowych tj. „Usuwanie graffiti z ekranów akustycznych i z drogowych obiektów inżynierskich”, „Usuwanie plakatów z ekranów akustycznych i z drogowych obiektów inżynierskich”.

3.7. Mycie drogowych obiektów inżynierskich

3.7.1. Mycie należy wykonywać przy zastosowaniu ciepłej wody z detergentem i urządzeń wysokociśnieniowych (ciśnienie wody należy dobrać stosownie do rodzaju czyszczonej powierzchni), gąbek, szczotek z miękkim włosiem, itp., gwarantujących dokładne i efektywne usunięcie zabrudzeń oraz zanieczyszczeń emitowanych przez transport drogowy (m.in. tłuszczu, zanieczyszczeń jonowych oraz zabrudzeń zgromadzonych po zimowym utrzymaniu dróg), jak również piasku, żwiru, mchów i porostów zgromadzonych na powierzchniach konstrukcyjnych obiektu, w sposób nieuszkodzający czyszczonej powierzchni, nie powodujący powstawania zacieków i rozmazania brudu na czyszczonej powierzchni. Wyłączeniu z mycia podlegają gzymsy i balustrady jak również powierzchnie płaskie tj. chodniki i jezdnie przyległe do czyszczonych obiektów.

3.7.2. Wykonawca zobowiązany jest do stosowania detergentów ułatwiających usuwanie istniejących zabrudzeń, dobranych stosownie do rodzaju czyszczonej powierzchni (aluminium, stal, beton, powierzchnia zabezpieczona/niezabezpieczona trwałymi/zmywalnymi systemami

antygraffiti/antyplakat), zgodnie z zaleceniami producenta kartą techniczną/kartą charakterystyki środka czyszczącego oraz z instrukcją eksploatacji poszczególnych obiektów m.in. zabezpieczonych powłokami antygraffiti.

3.7.3. Po usunięciu zabrudzeń, powierzchnię należy spłukać czystą wodą pod ciśnieniem, celem usunięcia zastosowanych detergentów/środków chemicznych.

3.7.4. Czyszczenie należy prowadzić przy zastosowaniu środków chemicznych obojętnych dla gleby, traw i roślin nie powodujących szkód w zieleńcu w obrębie czyszczonych obiektów.

3.7.5. Wykonawca zobowiązuje się zutylizować wszystkie zanieczyszczenia powstałe w wyniku realizacji przedmiotowego zamówienia, oraz uprzątnąć po sobie teren wokół czyszczonego obiektu, konstrukcji w tym np. nie pozostawiać zastoisk wody, a w okresie jesienno-zimowym, skutecznie zabezpieczyć powierzchnie płaskie wokół czyszczonego obiektu przed zlodowaceniem, poprzez posypanie środkami odladzającymi przeznaczonymi do stosowania na określonych powierzchniach.

3.7.6. Graffiti, plakaty, naklejki oraz wlepki znajdujące się na powierzchniach drogowych obiektów inżynierskich należy bezwzględnie usunąć przed przystąpieniem do prac związanych z ich myciem. Rozliczenie ww. prac nastąpi w ramach odpowiednich pozycji rozliczeniowych

tj. „Usuwanie graffiti z ekranów akustycznych i z drogowych obiektów inżynierskich”, „Usuwanie plakatów z ekranów akustycznych i z drogowych obiektów inżynierskich”.

W pkt 4.2.-4.5. wskazano, że: „Przy określaniu kwoty za realizację Przedmiotu zamówienia Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia, wynikające wprost ze STWiOP, jak również nie ujęte w STWiOP, a niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia, tj. wszelkie prace i czynności towarzyszące, w tym wynikające z organizacji ruchu na czas wykonywania poszczególnych prac stanowiących Przedmiot zamówienia, dostępu do miejsc ich wykonania, organizacji niezbędnego sprzętu, urządzeń, pracowników, poboru energii elektrycznej, wody, zabezpieczenia powierzchni płaskich przed zlodowaceniem oraz dokonania wszelkich uzgodnień, wypożyczenia sprzętu (np. podnośników koszowych) ułatwiającego dostęp do drogowych obiektów inżynierskich, w tym podpór znajdujących się w cieku wodnym, ekranów akustycznych, gzymsów i balustrad zlokalizowanych na kładkach, estakadach oraz wiaduktach, itp.; Prace muszą być prowadzone zgodnie z zasadami BHP, ochrony środowiska, wymaganiami producenta stosowanych środków, farb oraz obowiązującymi przepisami, a sposoby czyszczenia oraz zabezpieczania przed umieszczaniem graffiti i plakatów nie mogą powodować uszkodzenia tych ekranów, gzymsów i balustrad, ani drogowych obiektów inżynierskich, jak również istniejących na tych obiektach powłok malarskich i trwałych powłok antygraffiti/antyplakat. Za właściwy dobór technologii, materiałów oraz środków chemicznych odpowiada Wykonawca.

4.5. Wykonawca zobowiązany jest w przypadku uszkodzenia powierzchni czyszczonych/zabezpieczanych, czy też istniejących na nich powłok malarskich i/lub powłok antygraffiti/antyplakat dokonać ich naprawy/odtworzenia na własny koszt w terminie i technologii uzgodnionej z Zamawiającym.”

Odnosnie sporządzenia harmonogramów prac i odbiorów powielono zapisy umowy w pkt 4.10. - 4.17. W pkt wskazano, że: „Użyte systemy trwałego i zmywalnego zabezpieczenia ekranów akustycznych i drogowych obiektów inżynierskich przed umieszczaniem graffiti powinny zapewniać ich jednoczesne zabezpieczenie przed umieszczaniem plakatów.” W pkt 4.27. zaznaczono, że: „Wykonawca zobowiązany jest do sporządzenia dokumentacji powykonawczej, która ma zawierać rodzaj, zakres, datę i miejsce prowadzonych prac, rodzaj i powierzchnię umytych/oczyszczonych/zabezpieczonych obiektów oraz użytych przy realizacji zamówienia materiałów i środków chemicznych. Ponadto wykona dokumentację fotograficzną, uwzględniającą charakterystyczne powierzchnie czyszczonych i zabezpieczanych drogowych obiektów inżynierskich, w tym balustrad i gzymsów oraz ekranów akustycznych przed, w trakcie i po wykonaniu ich czyszczenia/zabezpieczenia. Dokumentacja fotograficzna musi być opatrzona datą i godziną wykonania, sporządzona ma być w wersji elektronicznej jako plik pdf., przekazana Zamawiającemu na płycie CD, bądź na innym przenośnym nośniku danych, jako załącznik do Protokołu odbioru.”

W zakresie odbioru i rozliczenia przedmiotu zamówienia postanowiono: „5.1. Odbiór prac odbywać się będzie na podstawie podpisanych przez Strony Protokołów odbioru

częściowego oraz Protokołu odbioru końcowego faktycznie wykonanych prac wg obmiaru potwierdzonego przez Zamawiającego. Do Protokołów Wykonawca dołączać będzie powykonawczą dokumentację fotograficzną, o której mowa w pkt 4.27. oraz Zestawienie wykonanych prac, zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 3 do STWiOP. Odbiór końcowy polegać będzie na ostatecznej ocenie ilości, jakości i wartości wykonanych prac. Przedmiotem odbioru końcowego może być tylko całkowicie zakończony element prac. Odbiorów częściowych i końcowego dokonuje przedstawiciel Zamawiającego z udziałem Wykonawcy. Przyjęcie prac może nastąpić po stwierdzeniu wykonania prac zgodnie z umową i obowiązującymi normami. 5.2. Rozliczenie prac będzie następowało na koniec każdego miesiąca - fakturami częściowymi oraz fakturą końcową po zakończeniu całości zamówienia. Podstawą do wystawienia faktury przez Wykonawcę jest podpisany przez Strony Protokół odbioru częściowego lub Protokół odbioru końcowego, o których mowa w pkt 5.1. STWiOP.”

W wyjaśnieniach z dnia 18 stycznia 2018 r. Zamawiający na pytanie wykonawcy: „Jaki podatek VAT należy doliczyć do oferty 8 czy 23%?” odpowiedział: „Zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2017 r., poz. 1221, z późn. zm.) opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług (VAT) podlega m.in. odpłatne świadczenie usług. Na podstawie art. 41 ust. 1 w związku z art. 146a pkt 1 ustawy o VAT podstawowa stawka podatku VAT na usługi świadczone w 2018 r. wynosi 23%. W przypadku niektórych usług ustawodawca przewidział obniżoną stawkę podatku VAT. Zgodnie z art. 41 ust. 2 w związku z art. 146a pkt 2 ustawy o VAT usługi opodatkowane obniżoną stawką VAT zostały wymienione w załączniku nr 3 do ustawy o VAT. Ponadto Zamawiający zaznacza, iż zgodnie z obowiązującymi przepisami to na podatniku, który wystawia fakturę spoczywa obowiązek określenia prawidłowej stawki podatku VAT.”

W dniu 19 stycznia 2018 r. Zamawiający zwrócił się z wnioskiem do Ośrodka Klasyfikacji i Nomenklatur Urzędu Statystycznego w Łodzi o wydanie informacji klasyfikacyjnej w zakresie nadania symbolu, według klasyfikacji PKWiU — Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług, wprowadzonej Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 4 września 2015 r. (Dz. U. 2015 poz. 1676 z późn. zm.), dla zamówienia publicznego pt. „Czyszczenie drogowych obiektów inżynierskich i ekranów akustycznych zlokalizowanych na terenie m.st. Warszawy”, w zakres którego wchodzi usługi: 1. Mycie ekranów akustycznych,

2. Usuwanie graffiti z ekranów akustycznych i z drogowych obiektów inżynierskich, 3. Usuwanie plakatów z ekranów akustycznych i z drogowych obiektów inżynierskich, 4. Zabezpieczanie ekranów akustycznych i drogowych obiektów inżynierskich przed graffiti i plakatami systemami trwałymi, 5. Zabezpieczanie ekranów akustycznych i drogowych obiektów inżynierskich przed graffiti i plakatami systemami zmywalnymi, 6. Mycie gzymsów, 7. Mycie balustrad, 8. Mycie drogowych obiektów inżynierskich. Zamawiający wskazał, że w jego ocenie zamówienie to stanowi usługę złożoną (kompleksową) mającą na celu usunięcie zanieczyszczeń z powierzchni ekranów akustycznych oraz z drogowych obiektów inżynierskich zlokalizowanych na terenie m.st. Warszawy, znajdujących się w utrzymaniu tutejszej jednostki. Wskazał, że przez drogowy obiekt inżynierski należy rozumieć obiekt, o którym mowa w art. 4 pkt 12 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych tj. cyt.: „Użyte w ustawie określenia oznaczają: 12) drogowy obiekt inżynierski — obiekt mostowy, tunel, przepust i konstrukcję oporową”. Przy czym, przez obiekt mostowy należy rozumieć obiekt, o którym mowa w § 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie tj. cyt.: „Ilekroć w rozporządzeniu jest mowa o: 1) obiekcie mostowym — rozumie się przez to budowlę przeznaczoną do przeprowadzenia drogi, samodzielnego pieszego lub pieszo-rowerowego, szlaku wędrowek zwierząt dziko żyjących lub innego rodzaju komunikacji gospodarczej nad przeszkodą terenową, a w szczególności: most, wiadukt, estakadę, kładkę.” Zamawiający nie dołączył do wniosku dokumentacji przetargowej.

W odpowiedzi z dnia 26 stycznia 2018 r. Ośrodek Klasyfikacji i Nomenklatur Urzędu Statystycznego w Łodzi poinformował, że „zgodnie z zasadami metodycznymi Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) wprowadzonej rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 4 września 2015 r. (Dz. U. z 2015 r., poz. 1676 z późn. zm.) wymienione usługi wykonywane ręcznie np. szczotkami: mycie ekranów akustycznych, usuwanie graffiti z ekranów akustycznych i z drogowych obiektów inżynierskich, usuwanie plakatów z ekranów akustycznych i z drogowych obiektów inżynierskich, mycie gzymsów, mycie balustrad, mycie drogowych obiektów inżynierskich mieszczą się w grupowaniach PKWiU 81.29.12.0 „Usługi zamywania śmieci i usuwania śniegu”. Natomiast w oparciu o § 3 powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym do celów podatkowych stosuje się do dnia 31 grudnia 2018 r. Polską Klasyfikację Wyrobów i Usług (PKWiU), wprowadzoną rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 29 października 2008 r. (Dz. U. Nr 207, poz. 1293, z późn. zm.) ww. usługi mieszczą się w grupowaniu: PKWiU 81.29.12.0 „Usługi zamywania śmieci i usuwania śniegu”. Z uwagi na brak dokładnego opisu wykonywanych czynności oraz technologii zabezpieczania ekranów akustycznych i drogowych obiektów inżynierskich przed graffiti i

plakatai systemami zmywalnymi i trwałymi, ośrodek nie może zająć stanowiska w sprawie zaklasyfikowania usług.”

Odnosnie dowodów przedstawionych przez Odwołującego:

1. z wyciągu z SIWZ na utrzymanie ekranów akustycznych i zadaszeń tuneli na terenie Miasta Gdańska w zakresie mycia i usuwania graffiti wynika, że w zakres usług tego postępowania wchodziło m.in. mycie ekranów akustycznych (pow. 234 379,20 m<sup>2</sup>), usuwanie plakatów, banerów, reklam itp. z ekranów akustycznych (pow. 600 m<sup>2</sup>), usuwanie graffiti z ekranów akustycznych (600 m<sup>2</sup>), a wskazana we wzorze stawka podatku VAT wynosiła 23%;
2. z wyciągu z SIWZ na utrzymanie ekranów akustycznych, obiektów inżynierskich, pomników, miejsc pamięci narodowej i innych powierzchni na terenie Miasta Krakowa w zakresie mycia i usuwania graffiti wynika, że zamawiający w tym postępowaniu nie wskazał stawki podatku VAT, a kwoty jednostkowe usług to kwoty brutto bez wyszczególnienia stawki podatku VAT;
3. z umowy nr 52/ZDM/16 zawartej pomiędzy Odwołującym a Gminą Lublin - Zarządem Dróg i Mostów w Lublinie wraz z wyciągiem z SIWZ wynika, że przedmiotem zamówienia było wykonanie wszelkich prac i usług związanych z utrzymaniem i konserwacją ekranów akustycznych m.in. przeglądy, utrzymanie w czystości i kompletności (usuwanie graffiti, plakatów i nalepek, obustronne wysokociśnieniowe mycie) oraz utrzymanie odpowiedniego stanu technicznego (wymiany i naprawy, odnawianie powłok malarskich i antykorozyjnych, wykonanie bezbarwnej powłoki ochronnej, zabezpieczającej przed graffiti), a zastosowana w umowie stawka podatku VAT wynosiła 23%;
4. z wyciągu z ogłoszenia o zamówieniu na bieżące utrzymanie i konserwację ekranów akustycznych zlokalizowanych w granicach administracyjnych miasta Rzeszowa wynika, że przedmiotem zamówienia było m.in. bieżące utrzymanie ekranów (przeglądy, regulacje), konserwacja ekranów (usuwanie graffiti, wykonanie bezbarwnej powłoki ochronnej, zabezpieczającej przed graffiti, malowanie ekranów, obustronne wysokociśnieniowe mycie ekranów) oraz wymiana elementów ekranów, a zastosowana stawka podatku VAT wskazana przez Zamawiającego wynosiła 23%;
5. z umowy nr TXZ/EEDI/192/170/2015 zawartej pomiędzy Odwołującym a Gminą Wrocław - Zarządem Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu wynika, że przedmiotem zamówienia było utrzymanie czystości obiektów inżynierskich i ekranów akustycznych przez usuwanie graffiti, trwałe zabezpieczenie powierzchni, mycie szklanych balustrad kładek dla pieszych, a zastosowana w umowie stawka podatku VAT wynosiła 23%;
6. z umowy nr TO.4407.210.1.2017 zawartej pomiędzy Odwołującym a Miastem Poznań - Zarządem Dróg Miejskich wynika, że przedmiotem zamówienia było monitorowanie i usuwanie zabrudzeń ścian zabezpieczonych powłoką antygraffiti na obiektach inżynierskich, a zastosowana stawka podatku VAT w umowie wynosiła 23%;
7. z umowy nr 1/16 zawartej pomiędzy Odwołującym a Miastem Stołecznym Warszawa - Zarządem Terenów Publicznych wynika, że przedmiotem zamówienia było usuwanie graffiti oraz zabezpieczenie przed graffiti z obiektów znajdujących się w administrowaniu ZTP na terenie Dzielnicy Śródmieście w Warszawie, a zastosowana w postępowaniu stawka podatku VAT wynosiła 23%;
8. z umowy nr 2D/145/DZ/43-w/2016 zawartej pomiędzy Odwołującym a Gminą Miasta Gdyni - Zarządem Dróg i Zieleni wynika, że przedmiotem zamówienia było kompleksowe oczyszczenie powierzchni ekranów dźwiękochłonnych (mycie ręczne i mechaniczne, usunięcie zanieczyszczeń, w tym ulotek, plakatów), a zastosowana w postępowaniu stawka podatku VAT wynosiła 23%.

W zakresie dowodów przedstawionych przez Zamawiającego:

1. z STWiOP do postępowania nr DPZ/4/PN/4/16, z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z 19 maja 2016 r., z pisma o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty z 19 maja 2016 r., z oferty Odwołującego z 15 marca 2016 r. wynika że, przedmiot zamówienia był podobny do stanowiącego przedmiot niniejszego postępowania, Odwołujący został wykluczony w tym postępowaniu z uwagi na brak zabezpieczenia oferty wadium ale w ofercie wskazał na 8% stawkę podatku VAT;
2. z STWiOP do postępowania nr DZP/8/PN/8/15, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z 18 sierpnia 2015 r., oferty Odwołującego z 13 maja 2015 r., umowy nr DZP/8/PN/8/15 wynika, że przedmiot zamówienia był podobny do stanowiącego przedmiot niniejszego postępowania, oferta Odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza, a

Odwołujący wskazał na 8% stawkę podatku VAT w ofercie.

Odnosnie dowodów przedłożonych przez Przystępującego SUEZ:

1. z Interpretacji Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 2 października 2012 roku, znak IPPP3/443-646/12-4/SM odnośnie stawki podatku dla usług kompleksowego utrzymania dróg i autostrad wynika, że Wnioskodawca wskazał na przedmiot zamówienia obejmujący m.in. utrzymanie wyposażenia technicznego w dobrym stanie technicznym - ekrany akustyczne, wnioskodawca podał usługi wchodzące w skład zamówienia oraz powołał się na klasyfikację PKWiU i odnośnie utrzymania ekranów akustycznych podał klasyfikację 42.11.20.0. Wnioskodawca przedstawił wątpliwość odnośnie czy świadczenie przez niego tych usług będzie stanowiło zbiór usług, z których każda powinna być opodatkowana bądź 23 % stawka podatku VAT bądź 8 %, czy stanowią one usługę kompleksową opodatkowaną 8 % stawką podatku VAT. W interpretacji Organ określił, że usługi stanowią zbiór usług, z których każda powinna być odrębnie opodatkowana, z zastosowaniem właściwych stawek podatku VAT. Ponadto Organ określił, że stawka podatku VAT dla usługi utrzymania ekranów akustycznych wynosi 23% VAT w oparciu o PKWiU wskazane przez Wnioskodawcę;
2. z Interpretacji Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 17 lutego 2012 roku, znak ILPP2/4431 536/1 1-4/MN wynika, że Organ wskazał, iż przy świadczeniu usług objętych zamówieniem w ramach kompleksowego utrzymania autostrady, usługi te stanowią będą zbiór usług i winny być opodatkowane odrębnie, z zastosowaniem właściwych dla nich stawek podatku VAT. W ramach tych usług wchodziła usługa utrzymania ekranów akustycznych zakwalifikowana przez Wnioskodawcę do PKWiU 42.11.20.0.;
3. z Interpretacji indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 4 marca 2014 roku, znak IBPP2/443-1079/13/Cz wynika, że Organ uznał usługę związaną z utrzymaniem odcinków dróg i autostrad (w ramach której przewidziano usługę utrzymania ekranów akustycznych ze stawką 23% VAT) za usługę kompleksową, przy czym Wnioskodawca zwrócił uwagę na ryczałtowy charakter wynagrodzenia;
4. z interpretacji indywidualnej z dnia 21 kwietnia 2017 roku, znak: 2461-1BPP2.4512.131.2017.2.PG wynika, iż dotyczyła ona kwestii odwróconego VAT'u;
5. z charakterystyki środków zabezpieczających wynika m.in., że są to środki pozwalające na usuwanie graffiti przy użyciu wody pod ciśnieniem, pełnią funkcję antygraffiti, anty-plakat i chronią przed naklejkami, przed użyciem powierzchni strukturalne zagruntować, przed aplikacją powierzchnie oczyścić, wymagane narzędzia: wałek lub metoda natryskowa, po otwarciu preparat wymieszać stosując wolnoobrotowe mieszadło. Aprobata techniczna wskazuje, że są to powłoki specjalne do ochrony powierzchniowej betonu przed graffiti do stosowania w budownictwie - w inżynierii komunikacyjnej;
6. z wniosku Firmy SITA Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 5 maja 2014 r. wynika, że Firma zwróciła się z wnioskiem o wydanie opinii w sprawie klasyfikacji statystycznej według Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług z 2008 r. dla usługi: utrzymanie ekranów akustycznych przy drogach oraz drogowych obiektów inżynierskich w zakresie mycia, usuwania graffiti i plakatów oraz powłokowego trwałego i zmywalnego zabezpieczania ich powierzchni przed umieszczeniem graffiti i plakatów. Firma wskazała zakres usługi i przedstawiła własne stanowisko. W odpowiedzi Urząd Statystyczny w Łodzi określił, że wymienione przez Wnioskodawcę usługi czyszczenia gzymsów i balustrad na drogowych obiektach inżynierskich, obejmujące mycie za pomocą wody pod ciśnieniem lub ręczne mycie wodą w wykorzystaniu szczotek, mieszczą się w grupowaniu: 81.29.12.0. - „Usługi zamywania śmieci i usuwania śniegu”.

Izba zważyła, co następuje:

Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Przedmiotem sporu była kwestia czy to Odwołujący czy Wykonawcy SUEZ i Spectare w sposób prawidłowy zastosowali do usługi objętej przedmiotem zamówienia stawki podatku VAT, a zatem które oferty zawierają błędy w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy pzp i w konsekwencji powinny podlegać odrzuceniu. Zarówno Przystępujący SUEZ jak i Zamawiający twierdzili, że właściwą stawką jest stawka preferencyjna 8% i taką

również zastosował w swojej ofercie Wykonawca Spectare. Odwołujący natomiast wskazywał na stawkę podstawową - 23% VAT, jako prawidłową dla usług objętych przedmiotem zamówienia na czyszczenie drogowych obiektów inżynierskich i ekranów akustycznych zlokalizowanych na terenie m. st. Warszawy. W ocenie Izby w postępowaniu mamy do czynienia ze zbiorem usług, z których każda winna zostać indywidualnie opodatkowana z uwzględnieniem właściwych danej jednostkowej usłudze stawek podatku VAT, z przyczyn podanych w dalszej części uzasadnienia.

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1221 z późn. zm. - dalej „ustawa o VAT”) opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług podlegają odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju. W myśl art. 8 ust. 1 ustawy o VAT przez świadczenie usług, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1, rozumie się każde świadczenie na rzecz osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, które nie stanowi dostawy towarów w rozumieniu art. 7. Stosownie do art. 41 ust. 1 ustawy o VAT stawka podatku wynosi 22%, z zastrzeżeniem ust. 2- 12c, art. 43, art. 119 ust. 7, art. 120 ust. 2 i 3, art. 122 i art. 129 ust. 1. Dla towarów i usług, wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stawka podatku wynosi 7%, z zastrzeżeniem ust. 12 i art. 114 ust. 1 (art. 41 ust. 2 ustawy o VAT). Zgodnie z dyspozycją art. 146a pkt 1 i 2 ustawy o VAT w okresie od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia 31 grudnia 2013 r. stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 1 i 13, art. 109 ust. 2 i art. 110, wynosi 23% (pkt 1), natomiast 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% (pkt 2). Obowiązek ustalenia i zastosowania prawidłowej stawki podatku VAT leży po stronie wykonawcy - wystawcy faktury (art. 106e ust. 1 pkt 12 ustawy o VAT). Załączniki do ustawy o VAT kwalifikują dane świadczenie pod określoną stawkę podatku VAT za pomocą symboli Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (dalej PKWiU) - § 3 pkt 1 rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) z dnia 4 września 2015 r. (Dz.U. z 2015 r. poz. 1676 ze zm.). Zgodnie z treścią załącznika do wskazanego wyżej Rozporządzenia - „Zasady metodyczne”, a konkretnie pkt 7.3. „Zaliczanie danego produktu do odpowiedniego grupowania jest obowiązkiem producenta (względnie usługodawcy). Zaliczenie określonego produktu do właściwego grupowania PKWiU 2015 należy do obowiązków producenta (usługodawcy) tego produktu. Wynika to z faktu, że właśnie producent (usługodawca) posiada wszystkie informacje niezbędne do właściwego zaliczenia produktu do odpowiedniego grupowania PKWiU 2015, tj. informacje dotyczące rodzaju użytego surowca, technologii wytwarzania, konstrukcji i przeznaczenia wyrobu lub charakteru usługi. W przypadku trudności w ustaleniu właściwego grupowania, do którego należy zaliczyć produkt, producent lub usługodawca może zwrócić się o pomoc do właściwej jednostki GUS wskazanej w komunikacie Prezesa GUS w sprawie udzielania informacji dotyczącej standardów klasyfikacyjnych, publikowanym w Dzienniku Urzędowym GUS.” W konsekwencji właściwe przyporządkowanie konkretnego świadczenia przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego do odpowiedniego grupowania według PKWiU determinuje zastosowanie prawidłowej stawki podatku VAT, a w dalszej kolejności cenę ofertową brutto tegoż wykonawcy.

W niniejszej sprawie Strony i Uczestnik Postępowania pozostawały w sporze co do odpowiedniego zakwalifikowania usług będących przedmiotem zamówienia według PKWiU. Zamawiający, jak również Przystępujący SUEZ za właściwe uznali potraktowanie przedmiotowego zamówienia jako usługi kompleksowej mieszczącej się w grupowaniu 81.29.12.0 - „Usługi zamiatania śmieci i usuwania śniegu” wskazanym w załączniku nr 3 do ustawy o VAT, do której zastosowanie znajdzie stawka 8% VAT. Odwołujący wskazywał natomiast na grupowanie 42.11.20.0 - „Roboty ogólnobudowlane związane z budową autostrad, dróg, ulic i innych dróg dla pojazdów i pieszych oraz budową pasów startowych” oraz 43.39.19 - „Roboty związane z wykonywaniem pozostałych wykończeniowych robót budowlanych, gdzie indziej niesklasyfikowanych”, które jako takie podlega stawce 23% VAT. Strony były zgodne co do okoliczności potraktowania usług objętych zamówieniem jako usługi kompleksowej, w której jedno świadczenie jest świadczeniem głównym i determinuje stawkę podatku VAT, a drugie stanowi usługę pomocniczą względem pierwszej. Przy czym Odwołujący za usługę określającą właściwe opodatkowanie uznawał utrzymanie ekranów akustycznych w odpowiednim stanie technicznym, natomiast Zamawiający i Przystępujący SUEZ usługę mycia ekranów akustycznych, balustrad, gzymsów, drogowych obiektów inżynierskich, usuwania z nich graffiti i plakatów, traktując zabezpieczenie ekranów akustycznych powłoką antygraffiti, jako zdarzenia incydentalne i stanowiące usługę pomocniczą.

Podkreślenia wymaga, że przygotowując ofertę, w tym szacując cenę ofertową, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy powinni w pierwszej kolejności sięgnąć do postanowień SIWZ dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, które stanowią niejako wytyczne w ustaleniu odpowiedniej stawki podatku VAT. Przedmiotem niniejszego zamówienia było czyszczenie drogowych obiektów inżynierskich i ekranów akustycznych zlokalizowanych na terenie m. st. Warszawy. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia wskazywał, co zostało już przytoczone szczegółowo w ustaleniach faktycznych,

że na przedmiot zamówienia składa się właściwie osiem usług. Pozycje 1-3 oraz 6-8 formularza cenowego odnosiły się m.in. do mycia ekranów akustycznych, balustrad, gzymsów, drogowych obiektów inżynierskich, usuwania z nich graffiti i plakatów, natomiast pozycje 4-5 dotyczyły usług zabezpieczenia ekranów akustycznych i drogowych obiektów inżynierskich powłoką antygraffiti trwałą bądź zmywalną. Co istotne w opisie przedmiotu zamówienia wskazano na sposób wykonania usługi. W przypadku pierwszej grupy usług miały być one realizowane za pomocą szczotek czy wody pod ciśnieniem z użyciem odpowiednich środków chemicznych. Natomiast usługi zabezpieczenia powłoką miały być wykonywane przy użyciu właściwych preparatów oraz za pomocą odpowiedniego sprzętu. Z charakterystyk produktów służących do zabezpieczenia ekranów akustycznych powłoką antygraffiti przedstawionych przez Przystępującego SUEZ wynika, że powinny być one nakładane za pomocą wałka lub metodą natryskową. Na taki sposób wykonania zamówienia zwracał również uwagę Odwołujący. Zaznaczyć należy, co zostało pominięte przez Strony oraz Uczestnika Postępowania, a zdaniem Izby ma decydujące znaczenie w kwestii prawidłowego ustalenia stawki podatku VAT dla usług stanowiących przedmiot zamówienia, że wykonawcy podawali w ofercie ceny jednostkowe netto za każdą z ośmiu usług zawartych w formularzu cenowym w przeliczeniu na szacunkowe ilości (m<sup>2</sup>) wskazane przez Zamawiającego, które mogą ulec zmianie. Usługi miały być zlecane w miarę potrzeb, a zatem trudno określić ile z poszczególnych usług zostałoby ostatecznie zrealizowanych. Ma to niebagatelne znaczenie i pozostaje w korelacji ze stawką podatku VAT podaną w ofercie wykonawcy, a w dalszej kolejności jego odpowiedzialnością karnoskarbową. Okoliczności te zostały podniesione na jawnej rozprawie przez Odwołującego. Wykonawca zaznaczył, że faktycznie realizował podobne przedmiotowo zamówienie dla Zamawiającego w 2015 r., gdzie w cenę ofertową wliczył 8% podatku VAT. Podsumowując ilość zleconych w ramach umowy usług okazało się, że około połowę stanowiły usługi zabezpieczenia powłoką, do których zastosowanie ma w ocenie Odwołującego stawka 23% VAT, jako usług mających na celu utrzymanie ekranów w odpowiednim stanie technicznym. Co prawda, Odwołujący nie przedstawił na potwierdzenie powyższych twierdzeń żadnych dowodów ale Izba wzięła również pod uwagę, co zostało przyznane przez Zamawiającego, że Wykonawca Konsorcjum Firm: ALBLU sp. z o.o. oraz INTOP Warszawa sp. z o.o., który także realizował podobną usługę dla Zamawiającego zastosował zapewne z obawy przed ewentualnymi negatywnymi konsekwencjami, jak Odwołujący w niniejszym postępowaniu stawkę 23% VAT w cenie swojej oferty. Nadmienić należy, że zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy o VAT podstawową stawką tego podatku jest stawka 23%. Stosowanie tej stawki ma charakter ogólnej reguły, a w przypadku wątpliwości odnośnie wysokości opodatkowania zastosowanie znajduje właśnie stawka podstawowa. Skorzystanie ze stawek preferencyjnych i zwolnień nie jest obowiązkiem podatników, lecz ich uprawnieniem. Stosowanie stawek preferencyjnych może nastąpić w sytuacjach kiedy podatnik ma pewność co do możliwości jej zastosowania, mając na względzie odpowiedzialność karnoskarbową (tak też: wyrok KIO z 10 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 735/13). Zasadą jest również, że każde świadczenie powinno być traktowane odrębnie dla celów podatkowych, a uznanie zbioru usług za usługę kompleksową z jedną stawką podatku VAT dla wszystkich usług w nią wchodzących ma charakter wyjątkowy istniejący pod szczególnymi warunkami determinowanymi przez okoliczności konkretnej sprawy np. gdy stanowią one nierozzerwalne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny (wyrok TSUE z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04 Levob Verzekeringen). Za istnieniem niezależnych świadczeń przemawia przykładowo oddzielne fakturowanie na co zwrócił uwagę TSUE w wyroku z dnia 17 stycznia 2013 r. w sprawie C-224/11 BGŻ Leasing, pkt 44 oraz wyroku w sprawie C-349/96 CPP, pkt 31. W niniejszej sprawie Strony umowy miały rozliczać się nie ryczałtem, a po cenach jednostkowych wskazanych w ofercie, co przemawia w ocenie Izby za oddzielnym opodatkowaniem poszczególnych usług.

Izba mając na względzie przytoczone powyżej okoliczności doszła do przekonania, że w przedmiotowym postępowaniu usługi objęte zamówieniem powinny zostać potraktowane zarówno przez Zamawiającego jak i Wykonawców, którzy złożyli oferty, jako odrębne, niezależne od siebie świadczenia opodatkowane właściwym sobie stawkom podatku VAT. Izba uznała również, że usługi wskazane w pkt 1-3 oraz 6-8 formularza cenowego winny zostać opodatkowane stawką 8% VAT, natomiast w pkt 4-5 stawką 23% VAT, o czym mowa w dalszej części uzasadnienia.

W zakresie ustalenia prawidłowych stawek podatku VAT w niniejszym postępowaniu Izba kierowała się sposobem wykonania poszczególnych usług, jak również oparła swoje rozstrzygnięcie na opinii Urzędu Statystycznego w Łodzi zarówno przedłożonego w sprawie jako dowód przez Zamawiającego jak i Przystępującego SUEZ. Izba podziela stanowisko zawarte w wyrokach z dnia 3 stycznia 2013r. sygn. akt KIO 3/13 z dnia 24 stycznia 2013r. sygn. akt KIO 54/13, z dnia 10 kwietnia 2013r. sygn. akt KIO 700/13, z dnia 30 grudnia 2013r. sygn. akt KIO 2863/13, że „indywidualne interpretacje podatkowe, nawet wydane w oparciu o opis stanu faktycznego adekwatnego do opisu przedmiotu zamówienia, nie stanowią dowodu rozstrzygającego o stawce podatku VAT, gdyż nie wiążą one ani zamawiającego, ani Izby ani nawet wykonawcy, wiążą jedynie organ podatkowy, co do ewentualnej odpowiedzialności karnoskarbowej podatnika stosującego się do posiadanej

interpretacji". Dlatego też ustalając wysokość stawki podatku VAT w niniejszym postępowaniu Izba nie uznała przedstawionych przez Odwołującego i przedłożonych przez Przystępującego SUEZ interpretacji za wiarygodne w niniejszej sprawie. Izba nie wzięła również pod uwagę dokumentacji z poprzednich postępowań złożonych przez Zamawiającego, jako że Odwołujący wyjaśnił na rozprawie dlaczego do wcześniejszych zamówień stosował 8% VAT, a w następnych 23% VAT, co już zostało przytoczone. Ponadto, Izba nie oparła się na dowodach przedstawionych przez Odwołującego, bowiem stanowiły one dokumentację (częściowo niekompletną) z innych postępowań prowadzonych przez innych zamawiających, które nawet jeśli obejmowały podobny przedmiot zamówienia to stawki podatku VAT w nich zastosowane nie mają charakteru wiążącego. Stawki podatku VAT były określane przez samych zamawiających, a co do ich prawidłowości Izbie trudno się odnieść w zakresie przedstawionych informacji. Przechodząc do opinii należy zauważyć, że Urząd Statystyczny w Łodzi zakwalifikował usługi z poz. 1-3 oraz 6-8 do PKWiU 81.29.12.0, czyli do usług zmiatania śmieci i usuwania śniegu. Biorąc pod uwagę opis przedmiotu zamówienia i sposób wykonania tychże usług: za pomocą szczotek, wodą pod ciśnieniem, Izba uznała te dowody za wiarygodne. Zgodnie zatem z PKWiU podanym przez Urząd usługi te winny zostać opodatkowane stawką 8% VAT. Urząd nie wypowiedział się w zakresie pozostałych usług z uwagi na brak dostatecznych informacji np. odnośnie metody wykonania. Odnośnie zatem usług zabezpieczenia ekranów akustycznych powłoką chroniącą przez graffiti Izba uznała, że sposób wykonania tych usług - przy użyciu sprzętu, nakładanie za pomocą wałka lub metodą natryskową, konieczność udzielenia przez wykonawcę rękami za wady w tym zakresie, przemawiają za ich zakwalifikowaniem do PKWiU 42.11.20.0 - „Roboty ogólnobudowlane związane z budową autostrad, dróg, ulic i innych dróg dla pojazdów i pieszych oraz budową pasów startowych" oraz 43.39.19 - „Roboty związane z wykonywaniem pozostałych wykończeniowych robót budowlanych, gdzie indziej niesklasyfikowanych”, które jako takie podlegają stawce 23% VAT. Strony i Uczestnik Postępowania byli w zasadzie zgodni, co do stawek VAT dla poszczególnych usług (potraktowanych odrębnie), co wynikało z ich stanowisk prezentowanych na rozprawie, spór dotyczył bowiem jednolitej stawki podatku VAT dla usługi kompleksowej. Nie ulega w ocenie Izby wątpliwości, że usługa zabezpieczenia powłoką nie korzysta z możliwości zastosowania preferencyjnego 8% VAT'u, a w myśl reguły, iż w przypadku wątpliwości odnośnie wysokości opodatkowania zastosowanie znajdzie właśnie stawka podstawowa Izba uznała stawkę 23% VAT jako prawidłową, nie narażającą wykonawców na ewentualną odpowiedzialność.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że oferty Przystępującego SUEZ oraz Wykonawcy Spectare winny podlegać odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp, jako zawierające błędy w obliczeniu ceny i w tym zakresie uwzględniła odwołanie. Odnośnie oferty Odwołującego w świetle ustalonych przez Izbę właściwych stawek podatku VAT Izba nie uwzględniła zarzutu niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego, gdyż oferta ta również zawiera błąd w obliczeniu ceny. Wskazać w tym miejscu należy, iż Zamawiający nie podał w SIWZ stawki podatku VAT, a zatem wykonawcy sami byli zobowiązani prawidłową stawkę ustalić. W wyjaśnieniach do specyfikacji Zamawiający na pytanie o właściwą stawkę podatku nie udzielił jednoznacznej odpowiedzi odsyłając wykonawców do obowiązujących przepisów prawa i wskazując, że stawka podatku VAT w wysokości 23% jest stawką podstawową. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 października 2011 r. (III CZP 53/11) podkreślił, że jeśli zamawiający nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT, to oferta zawierająca stawkę niezgodną o zobowiązującymi przepisami podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, o porównywalności ofert bowiem można mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł. Oferta zawierająca niezgodną z obowiązującymi przepisami stawkę podatku VAT, wpływającego na wysokość ceny brutto, w ocenie Sądu Najwyższego, niewątpliwie zaburza proces porównywania cen i musi być kwalifikowana jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny. Sąd Najwyższy jednocześnie podkreślił, że dla oceny, że doszło do wystąpienia błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, nie ma znaczenia, czy przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku VAT było zachowaniem zamierzonym przez wykonawcę. Wystąpienia błędu w obliczeniu ceny nie uchyla nawet obliczenie w ofercie ceny będące rezultatem błędnej interpretacji przepisów określających stawki tego podatku. Wystąpienie błędu, o którym stanowi art. 89 ust. 1 pkt 6, jak podkreślił Sąd Najwyższy, należy oceniać w kategoriach obiektywnych, a więc niezależnych od zawinienia lub motywów zachowania wykonawcy przy kształtowaniu treści oferty. Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy niezależnie od przekonania każdego z Wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, żaden z nich nie ustalił stawek podatku VAT w sposób prawidłowy, zgodny z obowiązującymi przepisami, co determinuje odrzucenie ich ofert w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp.

Izba rozstrzygając niniejszą sprawę miała również na względzie zasadę uczciwej konkurencji, która na skutek braku wskazania przez Zamawiającego w SIWZ prawidłowych stawek podatku VAT i w konsekwencji zastosowania przez Wykonawców różnych stawek podatku VAT w ofertach, została w istotnym stopniu zaburzona. Analizując ceny ofertowe zaproponowane przez Wykonawców nie można nie ulec wrażeniu, że właściwie konkurowali

oni wysokością stawki podatku VAT.

W świetle przytoczonych argumentów Izba nakazała odrzucenie za błąd w obliczeniu ceny ofert dwóch pozostałych Wykonawców i unieważnienie postępowania, ponieważ w postępowaniu nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 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 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....