

Sygn. akt: KIO 629/18

WYROK

z dnia 16 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Zuzanna Idźkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 kwietnia 2018 r. w sprawie odwołania wniesionego w dniu 3 kwietnia 2018r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę **EMO Sp. z o.o. Hryniewicze 62A, 15-378 Hryniewicze** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Augustów, ul. 3 Maja 60 16-300 Augustów**

orzeka:

1. oddala odwołania.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **EMO Sp. z o.o. Hryniewicze 62A, 15-378 Hryniewicze** i

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **EMO Sp. z o.o. Hryniewicze 62A, 15-378 Hryniewicze** tytułem wpisu od odwołania.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Miasto Augustów - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest realizacja zadań pn. część I- wykonanie prac pielęgnacyjnych w lesie komunalnym na terenie Gminy Miasto Augustów, część II – wycinka drzew na terenie Gminy Miasto Augustów, część IV – wycinka drzew pod inwestycję na terenie Gminy Miasto Augustów. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 stycznia 2018r. nr 500161-N-2018.

W dniu 3 kwietnia 2018r. Odwołujący - Emo sp. z o.o. - wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od:

1. niezgodnej z przepisem art. 92 ust. 1 Pzp czynności Zamawiającego wyrażającej się w nie zawarciu w piśmie z dnia 27 marca 2018r. uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty wykonawcy,
2. od niezgodnej z przepisem art. 89 ust 1 pkt 6 Pzp czynności odrzuceniu oferty wykonawcy w zakresie Części IV zamówienia - wycinka drzew pod inwestycje na terenie Gminy Miasto Augustów uzasadnionej zastosowaniem przez wykonawcę niezgodnej z przepisami stawki podatku VAT, tj. 8%.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 5 ust. 1 pkt 1 Ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2017r., poz. 1221, j.t., ze zm., (dalej: ustawa o VAT) i art. 5a, 8 ust. 1, 41 ust. 2 i art. 146a ust 2 Ustawy o VAT w zw. z ugrupowaniem 81.30.10.0 Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług wprowadzonej Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 29 października 2008r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) (Dz.U. z 2008r. Nr 207, poz. 1293, dalej: Rozporządzenie PKWiU) poprzez nieprawidłowe zastosowanie tych przepisów i bezpodstawne przyjęcie, że obowiązująca stawka podatku VAT na usługę opisaną w Części IV zamówienia - wycinka drzew pod inwestycje na terenie Gminy Miasto Augustów nie wynosi 8%,
2. art. 92 ust 1 Pzp poprzez niepodanie, w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Odwołujący podniósł, że wskazane wyżej naruszenia miały wpływ na wynik postępowania. Odrzucenie oferty Wykonawcy uniemożliwiło mu udział w postępowaniu, a tym samym możliwość uzyskania zamówienia. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza. Interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał zatem uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy, przez co Odwołujący może ponieść szkodę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty EMO Sp. z o.o.,
2. dokonania oceny oferty z uwzględnieniem ofert wykonawcy Emo sp. z o.o.

W ocenie Odwołującego czynności odrzucenia oferty została dokonana z rażącym naruszeniem prawa. Odwołujący wskazał, że pismo Zamawiającego z dnia 27 marca 2018r. dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego nie spełnia warunków, jakie przepisy ustawy przewidują dla oświadczenia w przedmiocie odrzucenia oferty. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd według, którego uzasadnienie odrzucenia oferty winno zawierać wskazanie precyzyjnych i wyczerpujących podstaw faktycznych oraz prawnych wykluczenia wykonawcy z ubiegania się o uzyskanie zamówienia (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 maja 2015r. wydany w sprawie KIO 946/15, i KIO 947/15).

W treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty, Zamawiający zarzucił Wykonawcy, iż ten zastosował stawkę podatku VAT niezgodną z przepisami prawa. Na poparcie swego stanowiska przywołał wyłącznie część z uzasadnienia do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011r. wydanej w sprawie o sygn. akt III CZP 53/11. Zamawiający nie wskazał jednak, jak stawka podatku VAT jest właściwa, tj. zgodna z obowiązującymi przepisami prawa i z którego przepisu, i jakiej ustawy, to wynika. Treść uzasadnienia odrzucenia oferty nie zawiera, więc wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego w zakresie, w jakim wykonawca winien wskazać, z których konkretnie przepisów Ustawy o VAT wynika, że w niniejszym postępowaniu powinna mieć zastosowanie inna stawka podatku VAT niż wskazana przez Zamawiającego Wskazać, bowiem należy, że przepisy Ustawy o VAT (art 146a) przewidują różne stawki podatku VAT, a mianowicie podstawową, tj. 23%, oraz niższe, tj. 8%, 7% i 4%. Skoro Zamawiający nie wskazał w zawiadomieniu z dnia 27 marca 2018r., jaka stawka podatku VAT ma zastosowanie do usługi Części IV - zamówienia - wycinka drzew pod inwestycje na terenie Gminy Miasto Augustów, to tym samym stanowisko Zamawiającego, że zastosowania nie ma stawka 8%, uznać należy za dowolne. Nie jest, bowiem rolą Wykonawcy domyślać się, która z obowiązujących stawek podatku VAT ma zastosowanie. Poza tym należy zwrócić uwagę, iż prawidłowe sporządzenie uzasadnienia odrzucenia oferty ma na celu umożliwienie Wykonawcy podjęcie decyzji o tym, czy

wniesienie odwołania jest celowe, czy też nie. Zdaniem Odwołującego zawiadomienie o odrzuceniu oferty nie spełnia warunków opisanych w art. 92 ust. 1 Pzp.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający uznał za zasadne wyjaśnienia złożone pismem z dnia 19 marca 2018r. odnośnie wątpliwości co do podstawy prawnej zastosowania przez wykonawcę stawki podatku VAT w wysokości 8% dla części III – wycinka drzew na terenie Miasta Augustów, zaś dla części IV – wycinka drzew pod inwestycje na terenie Gminy Miasto Augustów – nie uwzględnił złożonych wyjaśnień. Odwołujący podkreślił, że opis obu części zamówienia różnił się nieznacznie. W części IV Zamawiający użył dodatkowo słów „pod inwestycję”. Zamówienia w obu częściach było identyczne i polegało na wykonaniu wycinki drzew na terenie Gminy Miasto Augustów. W ocenie Odwołującego zwrot „pod inwestycję” nie ma żadnego znaczenia w zakresie, w jakim miałby mieć wpływ na wysokość stawki podatku VAT. Ustalenie jaka stawka podatku Vat ma zastosowanie do konkretnej usługi winno nastąpić wyłącznie w oparciu o przepisy ustawy o VAT oraz rozporządzenia PKWiU.

Odwołujący wskazał, że stosownie do dyspozycji art. 5 ust 1 pkt 1 Ustawy o VAT opodatkowaniu podatkiem VAT podlegają odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju. Natomiast w myśl art. 5a ustawy, towary lub usługi będące przedmiotem czynności, o którym 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. Klasyfikacją, do której odwołuje się art. 52a Ustawy o VAT jest Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 29 października 2008r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) (Dz.U. z 2008r., Nr 207, poz. 1293). Wprawdzie rozporządzenie to zostało uchylone Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 4 września 2015r w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (Dz.U. z 2015r., poz. 1676, z późn. zm., dalej: Rozporządzenie PKWiU z 2015r.), to jednak z treści § 3 pkt 1 Rozporządzenia PKWiU z 2015r. wyraźnie wynika, że dla celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług do dnia 31 grudnia 2018r. stosuje się przepisy Rozporządzenia PKWiU (rozporządzenie z 2008r.).

W obowiązującym systemie prawnym, podstawową stawką podatku VAT jest 23%. Od tej reguły ustawodawca ustanowił pewne wyjątki, tzn. przewidział opodatkowanie niektórych czynności stawkami obniżonymi bądź zwolnienie od podatku. W art. 41 ust 2 w zw. z art 146a pkt 2 Ustawy o VAT, dla towarów i usług wymienionych w Załączniku Nr 3 do tej ustawy, stawka podatku VAT wynosi 8%. W pozycji 176, Załącznika nr 3 do Ustawy o VAT, wskazany jest Symbol PKWiU 2008: 81.30.10.0. - usługi związana z zagospodarowaniem terenów zielonych. W Dziale 82 Rozporządzenia PKWiU, w ugrupowaniu 81.30.10.0.

klasyfikacji wyrobów i usług mieszczą się: „Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni”. Skoro Rozporządzenie PKWiU, jak również Ustawa o VAT, a ściślej rzecz ujmując załączniki do niej określające stawki podatku VAT dla określonych usług, nie posługuje się pojęciem „*pod inwestycje*”, to trzeba przyjąć, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego pod nr ZP.271.9.2018, dla usługi określonej, jako Część IV zamówienia - wycinka drzew pod inwestycje na terenie Gminy Miasto Augustów, właściwą stawką podatku VAT jest 8%. Usługa ta, bowiem jest czynnością w sposób bezpośredni związaną z zagospodarowaniem terenów zieleni. Zadanie zmierza do zagospodarowania terenów miejskich Gminy Miasto Augustów poprzez uporządkowanie terenu zieleni przez wycinkę drzew.

Zamawiający pismem z dnia 12 kwietnia 2018r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania i zasądzenie od strony odwołującej się kosztów zastępstwa procesowego. Załączył opinię prawną – podatkową dotyczącą zastosowania prawidłowej stawki podatku VAT.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Istota sporu między stronami sprowadza się do ustalenia prawidłowej stawki podatku Vat na usługi polegające na wycince drzew pod inwestycję, które zostały objęte zadaniem nr 4 przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne.

Na wstępie należy wskazać, za orzeczeniem Sądu Najwyższego (uchwały SN z dnia 20 października 2011r., Sygn. akt III CZP 52/11 i III CZP 53/11), że określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeśli brak jest ustawowych przesłanek do wystąpienia omyłki. Błąd taki skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Izba stwierdziła, że stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego co do ustalenia stawki podatku VAT na usługi wycinki drzew pod inwestycję jest prawidłowe. Grupą PKWU 2008: 81.30.10.0 są objęte „usługi związane z zagospodarowaniem terenów zielonych” i tylko do tychże usług można zastosować preferencyjną stawkę podatku Vat 8%. Klasyfikacja ta obejmuje usługi ściśle związane z zagospodarowaniem terenów zielonych dotyczące m.in. zasadzeń, pielęgnacji i utrzymania parków, ogrodów, zieleni i nie obejmuje wycinki drzew pod inwestycję. Zważyć należy także, że zastosowanie preferencyjnych stawek podatku Vat jako wyjątki od zasady stosowania podstawowej stawki podatku Vat należy interpretować w sposób ścisły.

Izba uznała za prawidłowe stanowisko wyrażone w złożonej przez Zamawiającego jako dowód w sprawie opinii prawo - podatkowej z dnia DK Doradztwo Sp. z o.o.

Usługa związana z wycinką drzew pod inwestycję winna być zakwalifikowana do poz. 43.12.11.0 PKWU – roboty związane z przygotowaniem terenu pod budowę, z wyłączeniem robót ziemnych. Grupowanie to obejmuje m.in. roboty związane z przygotowaniem terenów zielonych, roboty związane z wycinką drzew i podszycia. Zdaniem Izby o zakwalifikowaniu danych usług polegających na wycinie drzew do odpowiedniego grupowania decyduje cel w jakim te prace są wykonywane.

Uwzględnić przy tym należy także okoliczność, że w analizowanym postępowaniu o zamówienie publiczne Zamawiający nie zawarł w treści SIWZ żadnych postanowień dotyczących zastosowania prawidłowej stawki podatku VAT na poszczególne części zamówienia. Podkreślić trzeba, iż Zamawiający wyodrębnił i zaznaczył w nazwie zadania nr 4, że przedmiotem zamówienia jest wycinka drzew pod inwestycję, odmiennie niż w pozostałych zadaniach, gdzie określił przedmiot zamówienia jako wykonanie prac pielęgnacyjnych w lesie, pielęgnację i utrzymanie nasadzeń terenów zieleni czy wycinkę drzew na terenie Miasta Augustów. Zatem cel realizacji usług objętych zadaniem 4 został przez Zamawiającego jasno wyartykułowany, chodziło o wycinkę drzew pod inwestycję a nie wykonanie usług związanych z zagospodarowaniem terenów zielonych, które to usługi zostały objęte zadaniami 1-3. W wyniku wycinki drzew, objętej zadaniem 4 nie powstaną zagospodarowane tereny zielone, co powoduje, że nie jest uzasadnione objęcie tej usługi preferencyjną stawką podatku VAT.

Postępowanie przed Izbą ma charakter kontradyktoryjny, co oznacza że każda ze stron może w toku postępowania odwoławczego składać i przedstawiać dowody na poparcie swoich twierdzeń i odparcie twierdzeń strony przeciwnej. Oceniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy należy stwierdzić, że Zamawiający przedłożył opinię prawną - podatkową w sprawie ustalenia prawidłowej stawki podatku Vat na zakres przedmiotu zamówienia, objęty zadaniem 4. Natomiast twierdzenia Odwołującego nie zostały poparte żadnym wiarygodnym dowodem w postaci choćby opinii podatkowej uzasadniającej dopuszczalności zastosowania preferencyjnej stawki podatku Vat.

W zakresie naruszenia art. 92 ust. 1 Pzp Izba uznała, że przedstawione przez Zamawiającego w piśmie z dnia 27 marca 2018r. uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty Odwołującego jest wystarczające. Istotnie, w uzasadnieniu nie podano, jaka winna być prawidłowa stawka podatku Vat i jakie są podstawy takich ustaleń Zamawiającego, jednakże z całokształtu okoliczności, w tym w szczególności z prowadzonej przez strony korespondencji ws. ustalenia prawidłowej stawki podatku Vat oraz z treści samego odwołania wynika, że Odwołujący w sposób prawidłowy zrozumiał przesłanki faktyczne i prawne odrzucenia jego oferty.

Zgodnie z § 3 ust. 2 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

W związku z brakiem złożenia przez Zamawiającego do czasu zamknięcia rozprawy rachunku, Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o przyznanie kosztów zastępstwa procesowego w wysokości 3 600zł .

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: