

WYROK

z dnia 17 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „DROGOPOL-ZW” Sp. z o.o.** z siedzibą w Katowicach przy ul. Siemianowickiej 52d (40-301 Katowice) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzki Park Kultury i Wypoczynku im. Gen. Jerzego Ziętka S.A.** z siedzibą w Chorzowie przy Alei Różanej 2 (41-501 Chorzów)

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „DROGOPOL-ZW” Sp. z o.o.** z siedzibą w Katowicach i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwa Budowy Dróg „DROGOPOL-ZW” Sp. z o.o.** z siedzibą w Katowicach na rzecz zamawiającego **Wojewódzkiego Parku Kultury i Wypoczynku im. Gen. Jerzego Ziętka S.A.** z siedzibą w Chorzowie kwotę w wysokości 3 617 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Wojewódzki Park Kultury i Wypoczynku im. Gen. Jerzego Ziętka S.A. z siedzibą w Chorzowie zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. - Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej: „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: *Otoczenie hali wystaw „Kapelusz”. Etap I. Obszar pomiędzy pawilonem „Bratek”, a halą wystaw „Kapelusz”* (numer postępowania: 14/B/TI/20), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 czerwca 2020 r., pod numerem 2020/S 110-265966.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 24 sierpnia 2020 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „DROGOPOL-ZW” Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie, w którym zaskarżył w całości niezgodne z przepisami Pzp czynności zamawiającego podjęte w postępowaniu, a polegające na:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty pana M. G. prowadzącego jednoosobową działalność gospodarczą pod nazwą M. G. Architektura Krajobrazu;
- odrzuceniu oferty odwołującego;
- zaniechaniu odrzucenia ofert pozostałych wykonawców, tj. Krisbud Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini, AGC Bytom Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu, HGL System SP. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Żorach, M. G. Architektura Krajobrazu.

Zaskarżonym czynnościom odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 6 zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez jego niezastosowanie i dokonanie wyboru oferty wykonawcy – M. G. Architektura Krajobrazu jako najkorzystniejszej, z jednoczesnym zaniechaniem wykluczenia tego wykonawcy z postępowania pomimo, iż jego oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki podatku VAT;

- art. 89 ust. 1 pkt 6 zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez jego zastosowanie i wykluczenie odwołującego z postępowania pomimo tego, że jego oferta nie zawiera błędu w obliczeniu ceny polegającego na przyjęciu błędnej stawki podatku VAT;
- art. 89 ust. 1 pkt 6 zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia pozostałych wykonawców, tj. Krisbud Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini, AGC Bytom Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu, HGL System SP. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Żorach z postępowania pomimo, iż oferty tych wykonawców zawierają błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki podatku VAT.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w odwołaniu i wykluczenia z postępowania następujących wykonawców: M. G. Architektura Krajobrazu, Krisbud Sp. z p.o. z siedzibą w Trzebini, AGC Bytom Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu, HGL System SP. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Żorach;
- przyznanie od zamawiającego na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, że ma interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ w przypadku uwzględnienia podniesionych zarzutów jego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i będzie mógł zrealizować zadanie inwestycyjne objęte przetargiem.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych wraz z dostawą materiału roślinnego i wykonaniem nasadzeń roślinnych na terenie Wojewódzkiego Parku Kultury i Wypoczynku. Zamawiający przewidział ryczałtowy sposób rozliczenia z przyszłym wykonawcą. Płatność wynagrodzenia ma nastąpić w dwóch etapach – pierwsza płatność po przygotowaniu dokumentacji projektowej, druga natomiast po wykonaniu robót budowlanych i nasadzeń. Odwołujący wyjaśnił, że wypełnił formularz ofertowy według wzoru zamawiającego – podał cenę całkowitą oferty, a także ceny za każdy z dwóch etapów przyjętych do rozliczenia. Nadto w ramach etapu II podał odrębną cenę za wykonanie robót budowlanych oraz za dostawę materiału roślinnego i wykonanie nasadzeń. Odwołujący dla całego zadania przyjął 23% stawkę podatku VAT uznając, że przedmiotowe zamówienie ma charakter kompleksowy – w którym zarówno budowa nowych alejek wraz z infrastrukturą towarzyszącą ma dla zamawiającego równorzędne znaczenie jak zachowanie zieleni istniejącej oraz dokonanie nowych nasadzeń.

W ocenie odwołującego, z punktu widzenia funkcjonalności i użyteczności, inwestycji nie należy dzielić. Zadanie ma być realizowane na terenie parku, a więc w miejscu, w którym każda inwestycja już w założeniu ma doprowadzić do estetycznych i przyjaznych środowisku efektów. Rewitalizacja objęta postępowaniem ma polegać na wymianie nawierzchni alejek parkowych, wykonaniu instalacji elektrycznej, wodnej i kanalizacji deszczowej. Na te roboty, typowo budowlane, nakłada się obowiązkowa ochrona zastanej zieleni, usunięcie zieleni porastającej obszar inwestycji, a także nasadzenie roślin bylinowych i traw ozdobnych. Brak wykonania chociażby jednego z elementów składających się na inwestycję, czyni ją niekompletną, skoro przez jej brak wykonawca nie osiągnie wymaganego standardu usługi. Tym samym należy uznać, że składające się na przedmiot zamówienia czynności wykazują – mimo różnorodności – ścisłe powiązanie ze sobą w sensie gospodarczym. W rezultacie tworzą jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter. Założeniem gospodarczym całej inwestycji jest jej kompleksowe, a nie częściowe, wykonanie, pozwalające na oddanie danego obszaru parku do użytku. Oznacza to, że wprawdzie poszczególne czynności wykonywane w jej ramach mogą mieć charakter samoistny, lecz same w sobie, bez wykonania w całości pozostałych elementów tej usługi, nie zaspokajają celu ekonomicznego zamawiającego.

W ocenie odwołującego w przypadku tego typu robót należy więc przyjąć jednolitą stawkę podatku VAT — w wysokości odpowiedniej dla wiodącej części zamówienia. Jako że wiodącą w tym przypadku jest część budowlana (ze względu na zakres robót i ich wartość), odwołujący przyjął 23% stawkę podatku VAT.

Na potwierdzenie swojej argumentacji odwołujący przytoczył orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 27 października 2005 r. sygn. akt C-41/04 oraz z 25 lutego 1999 r. sygn. akt C-349/96.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca M. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M. G. Architektura Krajobrazu z siedzibą w Brzeziach.

Odwołujący w dniu 15 września 2020 r. złożył kolejne pismo procesowe, w którym wskazał, że jak wynika ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) głównym przedmiotem zamówienia jest: zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych. Zgodnie ze szczegółowym opisem zamówienia zadanie obejmuje wykonanie dokumentacji projektowej, wykonanie robót budowlanych oraz dostawę materiału roślinnego wraz z nasadzeniami. Już powyższy opis wskazuje jasno, że nasadzenia mają jedynie charakter wspomagający i nie mogą one zostać wykonane niezależnie od usługi budowlanej.

Analiza szczegółowego zakresu prac utwierdza jeszcze w tym przekonaniu. Spośród trzynastu punktów opisujących zakres prac, jedynie dwa mają związek z roślinnością, przy czym jeden z nich stanowi ochronę istniejącej zieleni na terenie objętym remontem. Zasadnym wydaje się więc, iż roboty związane z nasadzeniem roślinności, stanowią jedynie czynności uzupełniające w stosunku do robót budowlanych obejmujących całościowe zagospodarowanie terenu w tym: wyznaczenie dróg transportu, remont alejek pieszych, remont placu z nawierzchni betonowych i klinkierowych, wykonanie murków, oświetlenia, odwodnienia i podobnych. Należy też zauważyć, że zakres czynności stanowiących związanych z roślinnością może być dowolnie modyfikowany (brak szczegółowych wytycznych co do ilości i rodzaju roślin poza wskazaniem, iż mają to być byliny i trawy), może też mieć różną wartość, ale zawsze będzie stanowił jedynie dopełnienie robót budowlanych, nie jest zaś celem samym w sobie.

Odwołujący podkreślił, iż zadanie jest przeznaczone do realizacji w formule zaprojektuj - wybuduj, co oznacza, że wykonawca jest zobowiązany do sporządzenia w pierwszej kolejności projektu budowlanego, w tym także do zaprojektowania przyszłego nasadzenia roślin, a następnie do wykonania usługi. Na obecnym etapie, a więc przed przygotowaniem wspomnianego projektu, nie jest możliwym wyodrębnienie w przetargu samego nasadzenia roślin, ponieważ ich umiejscowienie oraz rozmieszczenie nie jest w tym momencie jeszcze określone. Ponadto będzie ono pochodną całego projektu budowlanego, który siłą rzeczy zostanie sporządzony dopiero po podpisaniu umowy. Należy zatem podkreślić, iż wykonanie nasadzenia jest ściśle uzależnione od całego projektu budowlanego oraz od wykonania głównego przedmiotu, jakimi są „45233161-5 Roboty budowlane w zakresie ścieżek pieszych” (zgodnie z Programem Funkcjonalno-Użytkowym dostarczonym przez zamawiającego). Wykonanie nasadzenia odbędzie się dopiero po wykonaniu robót budowlanych, nie jest więc możliwym wykonanie nasadzenia bez wykonaniu głównego przedmiotu przetargu. W konsekwencji nasadzenie roślin będzie stanowić usługę pomocniczą jako nierozdzielny element całej usługi. Powyższe opinii odwołującego przesądziło o kompleksowym charakterze usługi, a w konsekwencji zastosowanie jednej stawki VAT dla całości wykonanych robót, stawki właściwej dla usług dominujących, a więc podstawowej 23%.

Odwołujący wyjaśnił przy tym, że warto również pochylić się nad stanowiskiem organów podatkowych w kwestii stawek VAT dla usług składających się jednocześnie z usług budowlanych i tych związanych z szeroko pojętą roślinnością. Nie można bowiem w niniejszej sprawie brać pod uwagę jedynie punktu widzenia zamawiającego, który siłą rzeczy może prezentować pogląd sprzyjający rozdzieleniu usługi. Takie rozwiązanie jest

niewątpliwie dla strony korzystne, gdyż wpływa na obniżenie ceny całości robót, z uwagi na częściowe zastosowanie niższej stawki VAT. Nie można jednak zapominać, że całe ryzyko określenia właściwej stawki bierze na siebie wykonawca. To jego obciąża ewentualny spór, w wyniku którego organ podatkowy zakwestionuje rozdzielenie usługi uznając je za sztuczne i wyda decyzję obligującą wykonawcę do zastosowania jednolitej stawki VAT, a tym samym dopłaty znacznych kwot podatku. Nie jest to spojrzenie wyłącznie teoretyczne. Należy zauważyć, że w obszarze utrzymania i budowy dróg wraz nasadzeniem zieleni, będącym co do zasady zbliżoną usługą do tej będącej przedmiotem odwołania (usługa budowlana plus nasadzenia roślin z nią związane), mamy do czynienia z podobnymi rozbieżnościami. Przez długi okres czasu oferenci rozdzielali wykonane usług na budowlane oraz te związane z roślinnością stosując dwie różne stawki VAT. Taka praktyka była akceptowana przez organy podatkowe, a często poparta przez indywidualne interpretacje w zakresie prawa podatkowego. Wykonawcy stosowali więc różne stawki podatku, mimo że już w lutym 2014 r. minister finansów uznał za nieprawidłową interpretację dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie, potwierdzającą słuszność takiego zróżnicowania stawek VAT. Minister wydał wtedy interpretację zmieniającą (nr PT8/033/1/20/PSG/14/RD19443), w której stwierdził, że mamy do czynienia z usługą kompleksową, a więc wszystkie składające się na to czynności powinny być objęte jedną stawką –

23%. Następnie Minister Finansów zmienił kolejne interpretacje aprobujące stosowanie dwóch odrębnych stawek VAT. Ostatecznie rację przyznał mu Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 28 października 2016 r. (sygn. akt I FSK 344/15). Sąd kasacyjny nie miał wątpliwości, że w sprawie mamy do czynienia z jednym dominującym celem usługi i to temu służą wszystkie dodatkowe czynności, stąd nieuzasadnionym jest zastosowanie dwóch odmiennych stawek opodatkowania. Najnowsze interpretacje indywidualne i orzecznictwo sądów podzielają ww. stanowisko. Jak wskazał NSA zauważyć też należy, że dla oceny, czy mamy do czynienia ze świadczeniem złożonym nie ma przykładowo znaczenia, to, że Urząd Statystyczny dokonał odrębnej klasyfikacji poszczególnych czynności składających się na zamówienie. Istotne jest bowiem to, czy w odniesieniu przedmiotowych świadczeń można mówić o świadczeniu złożonym (kompleksowym) w rozumieniu wskazanym przez TSUE. Co istotne sam fakt, że co do zasady niektóre świadczenia objęte zadaniem mogłaby wykonać osoba trzecia dla oceny kompleksowości świadczeń nie ma w tym przypadku większego znaczenia. Jak to bowiem podkreślił TSUE w wyroku z 27 września 2012 r. w sprawie C-392/11 Field Fisher WaterHouse LLP p-ko Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs, wskazując na wcześniejsze swoje orzecznictwo, z jednym świadczeniem mamy przede wszystkim do czynienia, jeżeli co najmniej dwa elementy lub czynności podatnika są

tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie tylko jedno nierozzerwalne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałooby charakter sztuczny. Zdaniem TSUE ze świadczeniem kompleksowym mamy do czynienia również wtedy, gdy jedno lub kilka świadczeń należy uznać za świadczenie główne, natomiast pozostałe za dodatkowe. TSUE jako jeden z przykładów tej ostatniej sytuacji podał, że świadczenie należy uznać za dodatkowe w stosunku do świadczenia głównego, jeżeli nie stanowi ono dla klienta celu samego w sobie, lecz służy skorzystaniu w jak najlepszy sposób ze świadczenia głównego. Mając na uwadze powyższe kryteria odwołujący podkreślił, że w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z jednym świadczeniem złożonym. Do pełnego zrealizowania zadania potrzebne są praktycznie wszystkie działania, jakie podejmowane być mają przez wykonawcę w ramach realizacji umowy. Przy czym usługi o charakterze budowlanym mają charakter dominujący, określający główny sens usługi. Natomiast dostawa i nasadzenie roślin jest świadczeniem pomocniczym i nie stanowi ono dla zamawiającego celu samego w sobie. Gdyby tak było najprawdopodobniej zlecenie zostało by rozdzielone na dwa odrębne: w pierwszej kolejności projektowanie i wykonanie części budowlanej, a dopiero po jego zakończeniu, czyli wybudowaniu i/lub wyremontowaniu istniejących placów, murków, alejek itp. nastąpiłoby ogłoszenie kolejnego przetargu i wybór wykonawcy zadania związanego wyłącznie z zielenią.

Zamawiający w dniu 16 września 2020 r. złożył oryginał odpowiedzi na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Do odpowiedzi na odwołanie zostały załączone dowody na potwierdzenie przedstawionej przez zamawiającego argumentacji.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba uznała, że odwołujący spełnił określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym jako uczestnika – wykonawcy M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M. G. Architektura

Krajobrazu z siedzibą w Brzeziach, który zgłosił przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

Przesłanki przystąpienia uregulowane zostały w art. 185 ust. 2 Pzp, który stanowi, że wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Jak ustaliła Izba zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu zawiadomienie o wniesieniu odwołania wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz kopią odwołania za pośrednictwem użytkowanej platformy zakupowej w dniu 26 sierpnia 2020 r. W związku z powyższym mając na uwadze treść art. 185 ust. 2 Pzp w zw. z art. 14 ust. 2 Pzp termin na doręczenie zgłoszenia przystąpienia Prezesowi Izby minął w dniu 31 sierpnia 2020 r. W dniu 31 sierpnia 2020 r. do Prezesa Izby wpłynęło zgłoszenie przystąpienia wykonawcy, które zostało przesłane faxem, natomiast zgłoszenie przystąpienia w postaci papierowej podpisanej przez właściciela zgłaszającego przystąpienie tj. oryginał zgłoszonego przystąpienia, wpłynęło do Prezesa Izby w dniu 1 września 2020 r., czyli po upływie terminu wynikającego z ustawy.

Jak wynika z cytowanego powyżej art. 185 ust. 2 Pzp zgłoszenie przystąpienia powinno nastąpić w ciągu 3 dni od daty otrzymania kopii odwołania. Termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, analogicznie jak terminy na wniesienie odwołania, ma charakter zawity. Jednocześnie, jak w przypadku odwołań, jest to termin, w którym oryginał przystąpienia musi fizycznie trafić od Izby. Uzupełnieniem powyższego jest stanowisko wynikające z orzecznictwa Izby, zgodnie z którym nieuzasadnione – w kontekście dotrzymania terminu na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego – jest uwzględnianie daty nadania zgłoszenia przystąpienia w urzędzie pocztowym, o ile przystąpienie na piśmie nie zostanie w ustawowym terminie fizycznie doręczone Prezesowi Izby. Wniesienie przez wykonawcę przystąpienia z uchybieniem terminowi oznacza, że nie staje się on uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W związku z powyższym skład orzekający uznał, że zgłaszający przystąpienie wykonawca nie wypełnił jednego z wymogów formalnych związanych ze skutecznym zgłoszeniem przystąpienia, a wynikającym z art. 185 ust. 2 Pzp, zatem stwierdził, iż zgłoszenie przystąpienia nastąpiło nieskutecznie.

Izba dopuściła w przedmiotowej sprawie dowody z:

1) dokumentacji przekazanej w postaci elektronicznej zapisanej na płycie CD, przesłanej do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 7 września 2020 r., w tym w szczególności z treści:

- SIWZ wraz z załącznikami;

- oferty odwołującego wraz z załącznikami;

- zawiadomienia o wyborze oferty w postępowaniu z dnia 13 sierpnia 2020 r., które zawierało także informację o odrzuceniu oferty odwołującego wraz z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego;

2) załączonych do odpowiedzi na odwołanie:

- opisu przedmiotu zamówienia – SIWZ dla zamówienia pn. *Kompleksowa modernizacja ciągów komunikacyjnych w Parku Śląskim* dot. zadania nr 1 realizowanego w ramach Umowy o dofinansowanie Projektu Miejskiego pn. *Modernizacja Parku Śląskiego* realizowanego w ramach drugiego obrotu środkami wracającymi z Inicjatywy JESSICA Regionalnego Programu Województwa Śląskiego na lata 2007-2013, znak sprawy 13/B/TI/20;

- opisu przedmiotu zamówienia SIWZ dla zamówienia pn. *Kompleksowa modernizacja ciągów komunikacyjnych wraz z remontem istniejącej kanalizacji w Parku Śląskim – remont alei Harcerskiej wraz z kanalizacją na odcinku od ronda przy Stadionie Śląskim do alei Klonowej* realizowanego w ramach Umowy o dofinansowanie Projektu Miejskiego pn. *Modernizacja Parku Śląskiego* realizowanego w ramach drugiego obrotu środkami wracającymi z Inicjatywy JESSICA Regionalnego Programu Województwa Śląskiego na lata 2007-2013, znak sprawy 32/B/DAT/19;

- opisu przedmiotu zamówienia, SIWZ dla zamówienia pn. *Wykonanie rewitalizacji zieleni na Al. Wiązowej w Wojewódzkim Parku Kultury i Wypoczynku im. Gen. Jerzego Ziętka S.A. w Chorzowie*, realizowanego w ramach drugiego obrotu środkami wracającymi z Inicjatywy JESSICA Regionalnego Programu Województwa Śląskiego na lata 2007-2013, znak sprawy 08/D/ZL/20;

- ogłoszenia na *Dostawę roślin do obsady kwietników na terenie WPKiW im. Gen. Jerzego Ziętka S.A. w Chorzowie w 2020 r.*, znak: Z22/2225;

- ogłoszenia na *Dostawę roślin na kwietniki wraz z ich posadzeniem i pielęgnacją na terenie Wojewódzkiego Parku Kultury i Wypoczynku im. gen. Jerzego Ziętka S.A. w Chorzowie w sezonie 2020*, znak: Z28/2225;

- interpretacji indywidualnej z dnia 23 września 2019 r. Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej mak: 0115-KDIT1-1.4012.463.2019.2.KM.

Izba ustaliła co następuje

Zgodnie z rozdziałem III pkt 1 SIWZ:

Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania pn. „Otoczenie hali wystaw „Kapelusz”. Etap I. Obszar pomiędzy pawilonem „Bratek”, a halą wystaw „Kapelusz” na terenie Wojewódzkiego Parku Kultury i Wypoczynku w Chorzowie. Zadanie realizowane będzie w formule zaprojektuj i wybuduj.

Zadanie obejmuje:

- *wykonanie dokumentacji projektowej (Etap I),*
- *wykonanie robót budowlanych oraz dostawę materiału roślinnego i wykonanie nasadzeń roślinnych (Etap II).*

Realizacja zadania obejmuje poniższy zakres prac:

- 1.1) wyznaczenie dróg transportu, przygotowanie zaplecza budowy, miejsca składowania materiałów, stacjonowania sprzętu;*
- 1.2) ochrona zieleni zastanej na obszarze inwestycji;*
- 1.3) remont istniejących alejek pieszych w nawierzchni bitumicznej;*
- 1.4) remont istniejącego placu w nawierzchni z płyt betonowych i bruku klinkierowego;*
- 1.5) rozbiórka zarośniętych alejek pieszych z płyt betonowych i nawierzchni bitumicznej;*
- 1.6) wykonanie nowych alejek pieszych w nawierzchni mineralnej;*
- 1.7) remont istniejących ścian betonowych;*
- 1.8) wykonanie betonowych murków na placach;*
- 1.9) wykonanie instalacji oświetlenia parkowego (bez dostawy i montażu opraw);*
- 1.10) wykonanie instalacji iluminacji;*
- 1.11) wykonanie instalacji wodnej;*
- 1.12) wykonanie instalacji kanalizacji deszczowej;*
- 1.13) wykonanie nasadzeń roślin bylinowych i traw ozdobnych.*

Ponadto w pkt 5 rozdziału I SIWZ zamawiający wskazał:

5. Wspólny Słownik Zamówień (CPV):

5.1) główny przedmiot:

45233161-5 Roboty budowlane w zakresie ścieżek pieszych;

5.2) dodatkowy przedmiot:

03121100-6 Żywe rośliny, bulwy, korzenie, sadzonki i rozsady

45111300-1 Roboty rozbiórkowe

45233220-7 Roboty w zakresie nawierzchni dróg

45233222-1 Roboty budowlane w zakresie układania chodników i asfaltowania

45233251-3 Wymiana nawierzchni

71000000-8 Usługi architektoniczne, budowlane, inżynieryjne i kontrolne

77300000-3 Usługi ogrodnicze

77310000-6 Usługi sadzenia roślin oraz utrzymania terenów zielonych.

We wzorze formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ poszczególne pozycje składające się na cenę zostały opisane i przedstawione do wypełnienia w następujący sposób:

1. Oferuję/emy wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ oraz wzorze umowy (Załącznik nr 12 do SIWZ) za całkowitą:

– cenę netto: PLN,
– podatek VAT: PLN,
– cenę brutto: PLN (słownie:,)
w tym:

1.1. Etap I - wykonanie dokumentacji projektowej za:

– cenę netto: PLN,
– podatek VAT –%: PLN,
– cenę brutto: PLN (słownie:).

1.2. Etap II za:

– cenę netto: PLN,
– podatek VAT: PLN,
– cenę brutto: PLN (słownie:), w tym:

a) wykonanie robót budowlanych za:

– cenę netto: PLN,
– podatek VAT –%: PLN,
– cenę brutto: PLN (słownie:),

b) dostawa materiału roślinnego i wykonanie nasadzeń roślinnych za:

– cenę netto: PLN,
– podatek VAT –%: PLN,
– cenę brutto: PLN (słownie:),

c) wykonanie i umieszczenie tablicy informacyjnej (1 szt.) za:

– cenę netto: PLN,
– podatek VAT –%: PLN,
– cenę brutto: PLN (słownie:).

Termin składania ofert w postępowaniu upłynął w dniu 14 lipca 2020 r. W postępowaniu wpłynęło pięć ofert. Odwołujący w wypełnionym i złożonym formularzu ofertowym w pkt 1.2. lit. b) dotyczącym dostawy materiału roślinnego i wykonanie nasadzeń roślinnych podał

stawkę podatku VAT w wysokości 23% i przy zastosowaniu tej stawki podał wartość ceny oferty. Pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu w ww. pozycji formularza ofertowego wskazali stawkę podatku VAT w wysokości 8%.

Zamawiający w dniu 13 sierpnia 2020 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Ponadto w piśmie stanowiącym zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty została podana informacja o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. W uzasadnieniu faktycznym tej czynności zamawiający wskazał, że:

Wykonawca w pkt. 1 ppkt 1.2 lit. b) formularza ofertowego (Załącznik nr 1 do SIWZ) dot. ceny za wykonanie Etapu II: dostawa materiału roślinnego i wykonanie nasadzeń roślinnych, zastosował do obliczenia ceny brutto niewłaściwą stawkę podatku VAT w wysokości 23% zamiast 8%.

Powyższe stanowi błąd w obliczeniu ceny, który nie podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 uPzp.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;*
- art. 7 ust. 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;*
- art. 7 ust. 3 Pzp – *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Przedmiotem postępowania było wykonanie zadania dotyczącego otoczenia hali wystaw „Kapelusz”, obszaru pomiędzy pawilonem „Bratek”, a halą wystaw „Kapelusz” na terenie Wojewódzkiego Parku Kultury i Wypoczynku w Chorzowie – etap 1. Po pierwsze w wyniku analizy postanowień składających się na opis przedmiotu zamówienia skład orzekający doszedł do wniosku, że zakres działań obejmujących postępowanie nie stanowił typowego zamówienia dotyczącego robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie czy też modernizacji drogi. Istota zamówienia sprowadzała się do wykonania wskazanego zakresu prac na terenie parku, którym zarządza zamawiający. Po drugie warto wskazać, że formularz ofertowy, którego wzór został określony w załączniku nr 1 do SIWZ

był tak skonstruowany, iż drugi etap zamówienia dotyczący części realizacji prac został rozbity na trzy elementy: wykonanie robót budowlanych, dostawę materiału roślinnego i wykonanie nasadzeń roślinnych oraz wykonanie i umieszczenie tablicy informacyjnej (1 szt.). Ponadto przy każdej z powyższych pozycji formularza ofertowego wykonawca miał podać poza wartością netto i brutto poszczególnego zakresu prac także stawkę podatku VAT oraz wynikającą z niej kwotę tego podatku. Taka konstrukcja formularza znalazła swoje odzwierciedlenie także w §3 ust. 1 pkt 2) wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 12 do SIWZ. Dodatkowo w treści dokumentacji przetargowej zamawiający określił II etap prac jako *wykonanie robót budowlanych oraz dostawę materiału roślinnego i wykonanie nasadzeń roślinnych*. Z powyższego wynikało, że zamawiający już w treści dokumentacji przetargowej rozróżnił poszczególne zakresy składające się na etap II inwestycji, przez co można było przyjąć, że usługa wykonania nasadzeń roślinnych pomimo znacznie mniejszej części w stosunku do robót budowlanych składających się na przedmiot zamówienia, stanowiła jedno z odrębnych świadczeń głównych w postępowaniu.

Skład orzekający stwierdził przy tym, że należy rozróżnić:

- usługi mieszczące się w przedmiocie realizacji zamówień, które są ze sobą bezpośrednio powiązane. Mianowicie, o powiązaniu należy mówić, gdy zachodzi konieczność wykonania danej usługi, bez której druga w istocie jest niemożliwa do wykonania, a także gdy zbiorcze wykonanie usług wypełnia stricte określony cel gospodarczy danej usługi. Powstaje wręcz w tej sytuacji przymiot zależności usługi jednej od drugiej. W takiej sytuacji można mówić o wystąpieniu usług pomocniczych;

- usługi mieszczące się w przedmiocie realizacji zamówienia, które nie są ze sobą bezpośrednio powiązane. Mianowicie, o braku takiego powiązania można mówić, gdy zachodzi możliwość wykonania danej usługi bez konieczności wykonania innej usługi, a każda z nich w znaczeniu gospodarczym stanowi odrębny cel.

Izba uznała, że zamawiający słusznie stwierdził, iż adekwatne było orzecznictwo przywołane przez odwołującego, w którym wskazano, że *W celu ustalenia, dla celów podatku od wartości dodanej, czy świadczenie usług, na które składa się kilka elementów, należy traktować jako świadczenie, czy też jako dwa lub więcej świadczeń wycenianych odrębnie, należy przede wszystkim wziąć pod uwagę, po pierwsze, że z treści przepisu art. 2 pkt 1 szóstej dyrektywy 77/388 wynika, że każde świadczenie usług powinno być normalnie traktowane jako odrębne i niezależne, oraz po drugie, że świadczenie obejmujące z ekonomicznego punktu widzenia pojedynczą usługę, nie powinno być sztucznie dzielone, aby nie zakłócić funkcjonowania systemu podatku od wartości dodanej. Z pojedynczym świadczeniem mamy do czynienia zwłaszcza wtedy, gdy jeden lub więcej elementów uznaje*

się za usługę zasadniczą, podczas gdy inny lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania jak do usługi zasadniczej. Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeśli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej. W takiej sytuacji fakt, iż stosowana jest jedna cena nie ma decydującego znaczenia (wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 25 lutego 1999 r. w sprawie o sygn. akt: C-349/96).

Z powyższego, należy wywieść następujące wnioski:

- zasadą jest, że każde świadczenie usług powinno być normalnie traktowane jako odrębne i niezależne;
- wyjątkiem od powyższej zasady są usługi, które mają za zadanie lepsze wykorzystanie usługi zasadniczej.

Izba przyznała rację zamawiającemu, który wskazał, że w kontekście przedmiotowego zamówienia, o zamówieniu pomocniczym bez wątplenia można mówić w przypadku wykonania alejki, instalacji kanalizacji deszczowej oraz instalacji oświetlenia parkowego. Bez wątplenia usługi te na zasadzie synergii wpływają na użyteczność jednego celu przez który należy rozumieć wykonanie alejki parkowej i możliwości jej wykorzystania – podczas deszczu czy w porze nocnej. Nie można było natomiast zgodzić się z odwołującym, który twierdził, że usługa nasadzenia roślinności ma bezpośredni związek (na zasadzie usługi pomocniczej) z pracami budowlanymi objętymi zamówieniem, wobec czego należy zastosować jednolitą stawkę VAT w wysokości 23%. Roboty budowlane składające się na przedmiot zamówienia należy uznać za czynności niezależne i samodzielne, bez których czynności sadzenia drzew i roślin, czy pielęgnacja roślin, są możliwe do zrealizowania, bez jakiegokolwiek uszczerbku na jakości i pełnowartościowości tych usług. Natomiast takie czynności jak rozbiórka nawierzchni, remont alejek, montaż małej architektury itp. nie składają się na te czynności, dla których główną usługą jest zagospodarowanie terenów zieleni. Stanowią odrębne świadczenie i powinny zostać opodatkowane według zasad właściwych dla tych czynności.

Przypomnieć także należy, że spośród wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, odwołujący był jedynym podmiotem, który w tym przypadku w inny sposób dokonał kwalifikacji obu usług w kontekście opodatkowania podatkiem od towaru i usług w wysokości 23%, podczas gdy pozostali wykonawcy zastosowali różne stawki podatku VAT dla robót budowlanych (23%) oraz dla nasadzeń roślinnych (8%).

Izba nie doszukała się także powodów, aby zakwestionować ustalenia i wnioski podane w cytowanej szeroko w odpowiedzi na odwołanie oraz załączonej do niej interpretacji

indywidualnej z dnia 23 września 2019 r. Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej mak: 0115-KDIT1-1.4012.463.2019.2.KM. W ww. dokumencie wskazano m. in., że *obniżona do 8% stawka podatku ma zastosowanie wyłącznie do czynności związanych z realizacją zadania dotyczącego zagospodarowania terenów zielonych, natomiast pozostałe czynności związane np. z robotami budowlanymi, zakupem i montażem małej architektury wyłączone są z możliwości stosowania stawki obniżonej. Obniżoną do 8% stawkę podatku VAT można zastosować także do tych czynności, które stanowią drobne prace związane z zagospodarowaniem terenów zieleni, a które mieszczą się w grupowaniu PKWiU 81.30.10.0. Natomiast roboty budowlane, roboty drogowe, zakup i montaż tzw. małej architektury powinny być wyłączone z kompleksowej usługi i opodatkowane stawką podstawową.*

W związku z powyższym Izba uznała, że przyjęcie przez zamawiającego stawki VAT 8% dla usługi wykonania nasadzeń roślinnych było czynnością prawidłową. Tym samym odrzucenie oferty odwołującego również było czynnością prawidłową zamawiającego, przy czym należy wskazać, że zamawiający nie był uprawniony do poprawienia nieprawidłowej stawki VAT w ofercie odwołującego. Ponadto jak stwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z 20 października 2011 r. sygn. akt III CZP 53/11 – *Dla oceny, że doszło do wystąpienia błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp nie ma znaczenia, czy przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku VAT, było zachowaniem zamierzonym przez wykonawcę, czy też nie miało takiego charakteru. Nawet bowiem w sytuacji, w której obliczenie w ofercie ceny, dokonane z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT, nie było elementem świadomej manipulacji ze strony wykonawcy zmierzającego takim, nagannym sposobem, do uzyskania zamówienia publicznego, a tylko rezultatem błędnej interpretacji przepisów określających stawki tego podatku, to i tak nie uchyla to wystąpienia błędu w obliczeniu ceny. Wystąpienie błędu, o którym stanowi art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp, oceniać należy w kategoriach obiektywnych, a więc niezależnych od zawinienia czy motywów zachowania wykonawcy przy kształtowaniu treści oferty. Ustawowy obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny zakłada wolę ustawodawcy zapewnienia stanu porównywalności ofert, z uwzględnieniem reguł uczciwej konkurencji.*

W świetle powyżej przedstawionej argumentacji Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przy dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, odrzuceniu oferty odwołującego oraz zaniechaniu odrzucenia ofert pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu, zatem odwołanie zostało oddalone.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast wobec braku potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu, w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp, zatem odwołanie zostało przez Izbę oddalone.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z §3 pkt 1 i 2 lit. b 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, zgodnie z wydrukiem i fakturą złożonymi na posiedzeniu i rozprawie.

Przewodniczący: