



# GMINA MICHAŁOWICE

Reguły, ul. Aleja Powstańców Warszawy 1  
05-816 Michałowice

tel. 22 350 91 91  
[www.michalowice.pl](http://www.michalowice.pl)

fax 22 350 91 01  
e-mail: [sekretariat@michalowice.pl](mailto:sekretariat@michalowice.pl)

Reguły, 20 listopada 2020 roku

**ZP.271.2.45.24.2020**

## ZAWIADOMIENIE O WYNIKU POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Działając zgodnie z art. 92 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (*Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.*) informuję o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr ZP.271.2.45.2020, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na:

**„Budowa placu zabaw przy Zespole Szkół Ogólnokształcących w Komorowie”**

**(nr sprawy: ZP.271.2.45.2020).**

W terminie składania ofert tj. do dnia 23 października 2020 r. do godz. 12:00 wpłynęły 4 oferty. Sesja otwarcia ofert miała miejsce 23 października 2020 r. godz. 12:30 w Urzędzie Gminy Michałowice i była transmitowana on-line.

NR	NAZWA I ADRES WYKONAWCY	CENA OFERTY BRUTTO	OKRES GWARANCJI	Liczba punktów
1.	<b>A&amp;M PARTNERS Sp. z o.o. Sp. K.</b> ul. Ostrobramska 101 lok. 210 04-041 Warszawa	310 352,19 zł	48 miesięcy	93,88 pkt
2.	<b>SORTED Sp. z o.o.</b> Chyliczki, ul. Wschodnia 27B 05-500 Piaseczno	277 530,09 zł	48 miesięcy	-----
3.	<b>Remondis Sp. z o.o.</b> ul. Zawodzie 18 02-981 Warszawa	326 976,99 zł	48 miesięcy	-----
4.	<b>Firma Rutkowski Tadeusz Rutkowski</b> ul. Rzewuskiego 50 05-800 Pruszków	278 825,01 zł	48 miesięcy	100,00 pkt

Po terminie składania ofert, wpłynęła .... oferta, którą złożyła firma: **nie dotyczy**

### **Wykluczono z postępowania:**

Wykonawcę **SORTED Sp. z o.o. (SORTED)** na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 19 ustawy Prawo zamówień publicznych *„Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który brał udział w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia lub którego pracownik, a także osoba wykonująca pracę na podstawie umowy zlecenia, o dzieło, agencyjnej lub innej umowy o świadczenie usług, brał udział w przygotowaniu takiego postępowania, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu”.*

Wykonawca **SORTED** złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu jednocześnie biorąc udział w przygotowaniu postępowania, w tym w szczególności jest autorem kompletnej dokumentacji dla budowy placu zabaw w tym dokumentacji *Materiału do zgłoszenia wraz z zagospodarowaniem terenu, Projektu zagospodarowania terenu, Projektu obiektów małej architektury, Projektu Oświetlenia, Projektu wykonawczego, Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót (STWIOR)*, kosztorysu inwestorskiego i przedmiaru. SORTED nie tylko był odpowiedzialny za przygotowanie szczegółowej, kompleksowej dokumentacji, ale także współpracował z Zamawiającym na etapie prowadzenia postępowania po jego wszczęciu udzielając odpowiedzi na pytania, które wpływały w postępowaniu od innych Wykonawców przed terminem składania ofert.

Przygotowanie dokumentacji i współpraca z Zamawiającym wynikała z zawartej przez **SORTED Sp. z o.o.** z Zamawiającym umowy nr UG.IR.635.2020 z dnia 23 kwietnia 2020 roku na kompleksowe opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej dla budowy placu zabaw przy ZSO w Komorowie na dz. nr ewid. 1249, w ramach zadania budżetowego *„ZSO w Komorowie, modernizacja obiektów szkolnych”*. Zgodnie z treścią §4 pkt 7), 8), 9) przywołanej umowy Wykonawca ten zobowiązany jest m.in. do:

*„7) nieodpłatnego usunięcia stwierdzonych wad i usterek Przedmiotu umowy wynikłych w trakcie realizacji zadania inwestycyjnego,*

*8) opracowania Przedmiotu umowy sposób zapewniający Zamawiającemu opisanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane, zgodnie z wymogami określonymi w art. 29-31 oraz art. 33 ustawy Prawo Zamówień publicznych oraz zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia określonym w Zapytaniu ofertowym w zakresie niezbędnym do ogłoszenia przetargu na realizację robót budowlanych (Wykonawca nie może w dokumentacji projektowej, kosztorysach, przedmiarach robót, STWIORB używać nazw własnych materiałów lub urządzeń. Użycie określenia lub równoważne jest niedopuszczalne)*

**9) współpracy z Zamawiającym w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wybór wykonawcy robót budowlanych i niezwłocznego udzielania odpowiedzi na złożone zapytania przez wykonawców ubiegających się o zamówienia.**

Wykonawca SORTED ze względu na powyższe okoliczności został wezwany do złożenia wyjaśnień na podstawie z art. 24 ust 10 w związku z art. 24 ust 1 pkt 19.

W złożonych wyjaśnieniach SORTED potwierdził, że brał czynny udział współpracując z Zamawiającym na etapie postępowania i udzielał odpowiedzi na zadawane pytania przez innych wykonawców.

W pytaniach kierowanych przez Wykonawców w postępowaniu pojawiały się sugestie, że dokumentacja została przygotowana ze wskazaniem na konkretnych dostawców lub rozwiązań technicznych, tj. w sposób ograniczający konkurencję. Faktem jest, że w przygotowanej przez SORTED dokumentacji wskazano konkretne bardzo precyzyjne wymiary elementów małej architektury i tak np. Huśtawka – wysokość 240 cm x głębokość 196 cm x szerokość 300 cm, Karuzela – wysokość 117 cm x szerokość 50x50 cm, Równoważnia - Wysokość 59 cm x szerokość 300 x 545 cm, Ławki: wysokość 84,0 cm x głębokość 61,0 cm x szerokość 180,0 cm. Przy czym nie dopuszczono żadnej tolerancji wymiarów. Taki opis wskazuje na posiadanie konkretnej wiedzy większej niż pozostali wykonawcy o potrzebach i założeniach stawianych przez zamawiającego co stanowi przewagę konkurencyjną nad pozostałymi wykonawcami. Tolerancja i to nieznaczna została dopuszczona dopiero w odpowiedziach udzielonych w trakcie postępowania. Zatem pozostali wykonawcy mieli zdecydowanie mniej czasu na przygotowanie ofert.

Wśród wielu zadawanych pytań wykonawcy pytali o „*Naturalne elementy*” wyposażenia placu zabaw. Element nietypowy, rzadko spotykany w tego typu projektach o bardzo indywidualnym charakterze, którego realizacja zgodnie z zamieszczonym w dokumentacji opisem polega na wykorzystaniu „*naturalnych elementów kompozycyjnych w formie pieńków drewnianych, powalonych pni, wydrążonego pnia, usypanych górek z gruntu pozyskanego z terenu (podczas kopania fundamentów)*”. *Elementy będą tworzyć ścieżkę połączoną z torem przeszkód.*

W tym przypadku w sposób niekwestionowany SORTED miał dużo większą wiedzę o wyobrażeniu zamawiającego co do ostatecznego wyglądu tego miejsca i sposobu realizacji. Inni wykonawcy musieli przyjąć znacznie większe ryzyko przy kalkulacji wykonania tego elementu. Zadawane pytania świadczą też o tym, że opis był niewystarczający do właściwego przygotowania oferty. Skoro SORTED udzielał odpowiedzi na pytania wykonawców do dokumentacji, to znaczy, że jego wiedza jest bardziej szczegółowa niż udostępniona pozostałym wykonawcom dokumentacja oraz że wiedza ta została przekazana innym wykonawcom wyłącznie w takim tylko zakresie, jak wynikało to z treści zadanych pytań. Dlatego też mając na względzie okoliczności sprawy Zamawiający uważa, co ma również oparcie w orzecznictwie np. wyrok KIO z dnia 2019-07-03 1120/19, że wyznaczenie przez Zamawiającego odpowiedniego terminu na złożenie ofert **nie eliminuje zaburzenia konkurencji w postępowaniu**, ponieważ wydłużenie terminu nie wpływa na pozyskanie wiedzy przez innych wykonawców na takim poziomie, jak posiada ją SORTED. Nie zmienia tego faktu też udostępnienie przez Zamawiającego w równym stopniu wszystkim wykonawcom dokumentacji zamówienia.

Wykonawca SORTED wobec wezwania go w trybie art. 24 ust. 10 ustawy Pzp powinien wykazać, że jego udział zarówno w przygotowaniu postępowania jak i w trakcie trwania postępowania a także wykonywania innych czynności nie zakłóci konkurencji. SORTED przedstawił jednak tylko polemikę, uznając że przygotowana przez niego dokumentacja jest neutralna i nie zaburza konkurencji a jego udział w przygotowaniu postępowania nie powinien co do zasady stanowić podstawy do wykluczenia go z postępowania.

Zgodnie z orzecznictwem, tak np. KIO w Wyroku z dnia 2019-08-13 (KIO 1446/19, KIO 1449/19): *W ocenie Izby dokonując analizy przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp można dojść do wniosku, że udział wykonawcy lub osób pracujących na rzecz wykonawcy - i jednocześnie biorących udział w przygotowaniu postępowania po stronie Zamawiającego - stwarza postać domniemania, które może być - wobec treści art. 24 ust. 10 ustawy Pzp - obalone w wyniku wyjaśnień i dowodów złożonych przez wykonawcę w toku postępowania. Powyższe oznacza, że wykonawca powinien wykazać, że (...) nie zakłóci konkurencji.*

*Powyższe stanowisko potwierdzone zostało również w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE, który zwrócił uwagę, że sytuacja, w której jeden z wykonawców który przygotował dokumentację przetargową następnie bierze udział w postępowaniu na wykonanie robót budowlanych, które mają być zrealizowane na jej podstawie, może naruszać zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Tak więc osoba, na której spoczywał obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych związanych z zamówieniem publicznym na roboty budowlane, dostawy lub usługi (zwana dalej "osobą wykonującą niektóre prace przygotowawcze") niekoniecznie znajduje się, w odniesieniu do udziału w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia, w jednakowej sytuacji z osobą, która takich prac nie wykonywała. Wobec tego, osoba uczestnicząca w wykonywaniu niektórych prac przygotowawczych może po pierwsze znajdować się w korzystniejszej sytuacji przy sporządzaniu swojej oferty z powodu informacji, które mogła uzyskać w przedmiocie danego zamówienia publicznego w trakcie wykonywania wspomnianych prac przygotowawczych. Wszyscy oferenci powinni mieć jednakowe szanse przy sporządzaniu treści ich ofert. Po drugie, wspomniana osoba może się znaleźć w sytuacji mogącej doprowadzić do konfliktu interesów w tym znaczeniu, że - jak słusznie podkreśla Komisja Wspólnot Europejskich - będąc oferentem w danym zamówieniu publicznym może ona, nawet w sposób niezamierzony, wywrzeć wpływ na jego warunki w sensie dla niej korzystnym. Sytuacja taka prowadziłaby do zniekształcenia konkurencji pomiędzy oferentami (wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 Fabricom SA przeciwko Państwo Belgijskie).*

SORTED w przedstawionych wyjaśnieniach nie udowodnił, że jego udział zarówno w przygotowaniu postępowania jak i w trakcie prowadzonego postępowania nie zakłócił konkurencji. W szczególności nie potwierdziły się twierdzenia SORTED w odniesieniu do zarzutów niewłaściwego przygotowania opisu przedmiotu zamówienia (np. wskazanie konkretnych wymiarów elementów małej architektury). Sam fakt nieskorzystania przez wykonawców ze środków ochrony prawnej wobec sposobu przygotowanego opisu przedmiotu zamówienia, na który to powołuje się w wyjaśnieniu SORTED, nie stanowi dowodu na brak uzasadnienia dla stawianych przez innych wykonawców zarzutów.

W złożonych wyjaśnieniach SORTED potwierdził fakt, że brał udział na etapie prowadzenia postępowania po stronie Zamawiającego i z nim współpracował nie wykazał jednak w jaki zostało zniwelowane to ewidentne zaburzenie konkurencji mimo, że ciężar dowodu leżał po jego stronie. Tak KIO w Wyroku z dnia 2019-07-03 (KIO 1120/19) „*Domniemanie prawne dotyczące zaburzenia konkurencji musi obalić wykonawca, zatem ciężar udowodnienia, że zaburzenie konkurencji zostało wyeliminowane spoczywało w tej sprawie na Odwołującym, a nie na Zamawiającym.*”

Biorąc pod uwagę powyższe zachodzą zatem przesłanki do wykluczenia SORTED z postępowania, zgodnie z dyspozycją przepisu art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, ponieważ udział SORTED w postępowaniu jako wykonawcy powoduje zakłócenie konkurencji w postępowaniu, które nie może być wyeliminowane w inny sposób niż poprzez jego wykluczenie z postępowania.

**Odrzucono:**

1) ofertę nr 2 złożoną przez Wykonawcę **SORTED Sp. z o. o.** na podstawie:

- a) **art. 24 ust. 4** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych „Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.”.

Zamawiający wykluczył wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 19 Pzp, ponieważ udział SORTED w postępowaniu jako wykonawcy powoduje zakłócenie konkurencji w postępowaniu, które nie może być wyeliminowane w inny sposób niż poprzez jego wykluczenie z postępowania. W związku z powyższym na podstawie art. 24 ust. 4 przywołanej ustawy ofertę tego wykonawcy uznaje się za odrzuconą.

- b) **art. 89 ust. 1 pkt 6** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu”.

Wykonawca w złożonej ofercie na realizację ww. przedmiotu zamówienia podał jedną cenę netto i jedną cenę brutto jednak dwie stawki podatku VAT w wysokości 23% i 8 %. W taki sam sposób obliczenia ceny oferty dokonał jeszcze tylko Wykonawca Remondis, który wskazał SORTED jako podwykonawcę znacznej części (60%) zamówienia. Pozostali dwaj wykonawcy podali jednolitą stawkę VAT w wysokości 23% w stosunku do wszystkich robót objętych przedmiotem zamówienia.

W związku z tym Zamawiający wezwał Wykonawcę do wskazania podstawy prawnej zastosowania w złożonej ofercie mieszanej stawki podatku VAT tj. obniżonej stawki podatku VAT w wysokości 8% w stosunku do części oferty oraz stawki 23% do pozostałej części oferty.

Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie powołał się na postanowienia ustawy o VAT oraz przedstawił interpretację podatkową Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 3 listopada 2016 r. sygn. IPPP2/4512-632/16-3/BH.

W szczególności powołał się na okoliczność, że w załączniku nr 3 do ustawy o VAT, pod poz. 176, jako korzystające ze stawki podatku w wysokości 8% zostały wymienione usługi związane z zagospodarowaniem terenów zielonych - PKWiU 81.30.10.0 co ma oznaczać, że usługi sklasyfikowane w ww. grupowaniu mogą korzystać ze stawki obniżonej.

W dalszej części wyjaśnień SORTED wskazał, że:

*Z treści dokumentacji przetargowej wynika, że dla celów opodatkowania podatkiem VAT, usługi objęte przedmiotem zamówienia należało uznać za dwie odrębne od siebie czynności tj. usługi związane z zagospodarowaniem terenów zielonych (w zakresie gospodarki drzewostanem) oraz usługi budowlane (w pozostałym zakresie). Oferta składana przez Wnioskodawcę obejmuje usługi zagospodarowania terenów zielonych w odrębnych od usług budowlanych pozycjach kosztorysowych określając dla nich cenę niezależną od usługi budowlanej.*

### Usługa złożona (kompleksowa)

Po pierwsze należy uznać ze niewłaściwe uznanie przez Wykonawcę za dwie odrębne czynności wycinkę drzew oraz usługi budowlane. Należy bowiem pamiętać, że w sytuacji gdy jedna usługa obejmuje z ekonomicznego punktu widzenia kilka świadczeń, usługa ta nie powinna być sztucznie dzielona dla celów podatkowych. Pojedyncze świadczenie ma miejsce zwłaszcza wtedy, gdy jedną lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas gdy inny lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania, co do usługi zasadniczej. Zasada ta znajduje swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie TSUE (wyrok z dnia 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd).

Istotne z punktu widzenia przyjęcia prawidłowej stawki podatku Vat jest zatem zbadanie czy dana usługa jest usługą złożoną (kompleksową), tj. czy składa się ona z różnych świadczeń, których realizacja prowadzi jednak do jednego celu. Na usługę złożoną składa się więc kombinacja różnych czynności, prowadzących do realizacji określonego celu, na które składają się różnego rodzaju świadczenia. Dla oceny, czy w danym przypadku mamy do czynienia ze świadczeniem o jednolitym charakterze, istotne jest, co jest celem zawieranej umowy. Charakter danego świadczenia należy oceniać biorąc pod uwagę punkt widzenia nabywcy oraz cechy charakterystyczne tego świadczenia.

W przypadku tego zamówienia przedmiotem zasadniczym i celem jest budowa placu zabaw co w świetle SIWZ jak i dokumentacji postępowania nie ulega żadnej wątpliwości. Wycinka dwóch drzew ma na celu przygotowanie do budowy placu zabaw i stanowi usługę pomocniczą bezpośrednio związaną z osiągnięciem tego celu. Podobnie jak rozbiórka i przebudowa innych elementów wskazanych w specyfikacji. Rozdzielanie tych czynności miałyby charakter sztuczny. Również pod względem wartości stanowi jedynie niewielki procent kosztu przedmiotu zamówienia.

Prawidłowość rozumowania Zamawiające potwierdza również interpretacja podatkowa (sygnatura IPPP1-443-463/09-2/MP), w której rozważano przypadek gdy oprócz wycinki drzew przy realizacji inwestycji drogowej przewidziano również ich posadzenie lub inne prace związane z urządzeniem zieleni i nawet w takim przypadku uznano, że „usługi zieleniarskie” są świadczeniem pomocniczym i zastosowanie powinna mieć jedna stawka vat w wysokości podstawowej.

### Znaczenie przedmiaru

O charakterze usługi nie może również decydować graficzne rozmieszczenie pozycji w przedmiarze jak to sugeruje wykonawca, ale rzeczywisty cel zamówienia. Na ile nie istotne dla przedmiotu zamówienia a już na pewno dla kwalifikacji usług i świadczeń w nim zawartych jest rozmieszczenie jak i stosowane w przedmiarze nazewnictwo niech służy dla przykładu zamieszczenie w przedmiarze nazwy kolejnej jego części „BOISKO”. Choć w rzeczywistości zgodnie z opisem znajdującym się w Projekcie wykonawczym wskazuje się jedynie na „*mały placyk do koszykówki*”

ze ścianką do rysowania i jednym koszem. Plac będzie miał formę zbliżoną do półkola o średnicy 3,8 m". Zatem na terenie placu zabaw nie przewidziano (klasycznego) boiska a jedynie bardzo mały fragment pokryty nawierzchnią syntetyczną. Podany przykład obrazuje na ile stosowana w przedmiarze nomenklatura jest luźno związana z rzeczywistym zakresem i prawidłowym opisem.

W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z treścią SIWZ a w szczególności jego pkt 16.3. „Podstawą do ustalenia ceny oferty jest Dokumentacja techniczna oraz Wzór umowy stanowiące załączniki do niniejszej SIWZ. Zamawiający zastrzega jednocześnie, że Wykonawca nie może powoływać się na ewentualne pominięcie niektórych robót w dostarczonej przez Zamawiającego **przedmiarze robót** stanowiącym element Dokumentacji technicznej. **Ma on bowiem jedynie charakter pomocniczy, a jego treść nie może być podstawą jakichkolwiek roszczeń. Wykonawca korzystający wyłącznie z treści przedmiaru robi to na własne ryzyko, gdyż podstawą wyceny zamówienia jest dokumentacja techniczna i pozostałe dokumenty tworzące SIWZ.**”

#### Przyporządkowanie do właściwej PKWiU

Ponadto w przypadku tego postępowania **nie można mówić w ogóle o usługach związanych z zagospodarowaniem terenów zielonych** ponieważ w ramach przedmiotu zamówienia takie usługi nie występują. Powyższe znajduje potwierdzenie w opisie przedmiotu zamówienia w szczególności w Projekcie wykonawczym w pkt 2.5. Zieleni wskazano, że „**Na terenie nie planuje się nowych nasadzeń roślinności**”. Co do zasady celem jest zachowanie istniejącej zieleni i naturalnych ścieżek co wynika z dokumentacji postępowania.

Wycinka (2) dwóch drzew przewidziana w przedmiarze jest bezpośrednio związana z inwestycją i stanowi element prac przygotowawczych niezbędnych dla realizacji inwestycji, bo taki właśnie ma charakter, i w związku z tym winna być zakwalifikowana do poz. 43.12.11.0 PKWiU – 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. Tak np. w Wyroku KIO z dnia 2018-04-16 (KIO 629/18) *Zdaniem Izby o zakwalifikowaniu danych usług polegających na wycince drzew do odpowiedniego grupowania decyduje cel w jakim te prace są wykonywane.(...)*

*W wyniku wycinki drzew, (...) nie powstaną zagospodarowane tereny zielone, co powoduje, że nie jest uzasadnione objęcie tej usługi preferencyjną stawką podatku VAT.*

Zatem nieprawidłowe jest przyporządkowanie wycinki drzew do PKWiU 81.30.10.0.

I tak za wyrokiem KIO z dnia 2018-04-16 (KIO 629/18) „*grupą PKWiU 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.*”

## Podsumowanie

Załączona do wyjaśnień Wykonawcy SORTED interpretacja podatkowa odnosi się do innych stanów faktycznych, gdzie celem samym w sobie lub zasadniczym jest świadczenie usług związanych z zagospodarowaniem terenów zielonych co jak wykazano powyżej nie ma zastosowania w przedmiotowym przypadku.

W uzupełnieniu należy zauważyć, że w ramach zamówienia przewidziano ryczałtowy sposób rozliczenia. Nie przewidziano przy tym wyodrębnionej płatności za usługi związane z wycinką drzew.

Podsumowując 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.

Jak wykazano powyżej to prace polegające na budowie placu zabaw przesądzają o charakterze całego zamierzenia gospodarczego i celu, jaki miał być osiągnięty. Zatem przedmiot zamówienia jest usługą złożoną (kompleksową) stąd powinna zostać przyjęta jedna stawka podatku VAT. Należy przyjąć, że dla tego konkretnego postępowania właściwa stawka podatku VAT wynosi 23%. Mając na względzie kompleksowy charakter świadczenia jak również właściwe przyporządkowanie do grupy 43.12.11.0 PKWU należy uznać, że stawka podatku VAT w wysokości 8% jest stawką nieprawidłową, a co za tym idzie Wykonawca w złożonej ofercie popełnił błąd w obliczeniu ceny oferty, a tym samym oferta musi zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp.

- 2) ofertę nr **3** Wykonawcy **Remondis Sp. z o.o.** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu”*.

Wykonawca w złożonej ofercie na realizację ww. przedmiotu zamówienia podał jedną cenę netto i jedną cenę brutto jednak dwie stawki podatku VAT w wysokości 23% i 8%. W taki sam sposób obliczenia ceny oferty dokonał jeszcze tylko Wykonawca SORTED, który został wskazany w ofercie REMONDIS jako podwykonawca znacznej części (60%) zamówienia. Pozostali dwaj wykonawcy podali jednolitą stawkę VAT w wysokości 23% w stosunku do wszystkich robót objętych przedmiotem zamówienia.

W związku z tym Zamawiający wezwał Wykonawcę do wskazania podstawy prawnej zastosowania w złożonej ofercie mieszanej stawki podatku VAT tj. obniżonej stawki podatku VAT w wysokości 8% w stosunku do części oferty oraz stawki 23% do pozostałej części oferty. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie powołał się na postanowienia ustawy o VAT oraz przedstawił interpretację podatkową Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 23 września 2019 r. nr 0115-KDIT1-1.4012.463.2019.2.KM.



W dalszej części wyjaśnień REMONDIS wskazał, że:

*„Analiza dokumentacji przetargowej w niniejszym postępowaniu w konfrontacji z powołanymi przepisami prawa oraz z wnioskami płynącymi z powołanych orzeczeń prowadziła do wniosku, że obok prac obejmujących kompleksowe prace związane z budową placu zabaw (objętych stawką podstawową 23 %), występują również usługi dla których znajdzie zastosowanie obniżona stawka podatku od towarów i usług (8 %) tj. gospodarka drzewostanem wyodrębnione w sekcji 1 przedmiaru robót oraz opisane w pkt 2.5 projektu wykonawczego. Usługi te są nie tylko wyodrębnione w przedmiarze, a w konsekwencji również w kosztorysie który będzie stanowił załącznik nr 5 do umowy, ale także z uwagi na ich charakter i przeznaczenie nie warunkują wykonania usługi podstawowej tj. budowy placu zabaw. Usługi związane z gospodarką drzewostanem przewidziane są do wykonania poza obszarem prac związanych z budową placu zabaw, nie stanowią części robót przygotowawczych (które są opisane w odrębnej sekcji przedmiaru).”*

#### Usługa złożona (kompleksowa)

Po pierwsze należy uznać że niewłaściwe uznanie przez Wykonawcę za dwie odrębne czynności wycinkę drzew oraz usługi budowlane. Należy bowiem pamiętać, że w sytuacji gdy jedna usługa obejmuje z ekonomicznego punktu widzenia kilka świadczeń, usługa ta nie powinna być sztucznie dzielona dla celów podatkowych. Pojedyncze świadczenie ma miejsce zwłaszcza wtedy, gdy jedną lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas gdy inny lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania, co do usługi zasadniczej. Zasada ta znajduje swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie TSUE (wyrok z dnia 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd).

Istotne z punktu widzenia przyjęcia prawidłowej stawki podatku Vat jest zatem zbadanie czy dana usługa jest usługą złożoną (kompleksową), tj. czy składa się ona z różnych świadczeń, których realizacja prowadzi jednak do jednego celu. Na usługę złożoną składa się więc kombinacja różnych czynności, prowadzących do realizacji określonego celu, na które składają się różnego rodzaju świadczenia. Dla oceny, czy w danym przypadku mamy do czynienia ze świadczeniem o jednolitym charakterze, istotne jest, co jest celem zawieranej umowy. Charakter danego świadczenia należy oceniać biorąc pod uwagę punkt widzenia nabywcy oraz cechy charakterystyczne tego świadczenia.

W przypadku tego zamówienia przedmiotem zasadniczym i celem jest budowa placu zabaw co w świetle SIWZ jak i dokumentacji postępowania nie ulega żadnej wątpliwości. Wycinka dwóch drzew ma na celu przygotowanie do budowy placu zabaw i stanowi usługę pomocniczą bezpośrednio związaną z osiągnięciem tego celu. Podobnie jak rozbiórka i przebudowa innych elementów wskazanych w specyfikacji. Rozdzielanie tych czynności miałyby charakter sztuczny. Również pod względem wartości stanowi jedynie niewielki procent kosztu przedmiotu zamówienia.

Prawidłowość rozumowania Zamawiającego potwierdza również interpretacja podatkowa (sygnatura IPPP1-443-463/09-2/MP), w której rozważano przypadek gdy oprócz wycinki drzew

przy realizacji inwestycji drogowej przewidziano również ich posadzenie lub inne prace związane z urządzeniem zieleni i nawet w takim przypadku uznano, że „usługi zieleniarskie” są świadczeniem pomocniczym i zastosowanie powinna mieć jedna stawka vat w wysokości podstawowej.

#### Znaczenie przedmiaru

O charakterze usługi nie może również decydować graficzne rozmieszczenie pozycji w przedmiarze jak to sugeruje wykonawca, ale rzeczywisty cel zamówienia. Na ile nie istotne dla przedmiotu zamówienia a już na pewno dla kwalifikacji usług i świadczeń w nim zawartych jest rozmieszczenie jak i stosowane w przedmiarze nazewnictwo niech służy dla przykładu zamieszczenie w przedmiarze nazwy kolejnej jego części „BOISKO”. Choć w rzeczywistości zgodnie z opisem znajdującym się w Projekcie wykonawczym wskazuje się jedynie na „mały plac do koszykówki ze ścianką do rysowania i jednym koszem. Plac będzie miał formę zbliżoną do półkola o średnicy 3,8 m”. Zatem na terenie placu zabaw nie przewidziano (klasycznego) boiska a jedynie bardzo mały fragment pokryty nawierzchnią syntetyczną. Podany przykład obrazuje na ile stosowana w przedmiarze nomenklatura jest luźno związana z rzeczywistym zakresem i prawidłowym opisem.

W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z treścią SIWZ a w szczególności jego pkt 16.3. „Podstawą do ustalenia ceny oferty jest Dokumentacja techniczna oraz Wzór umowy stanowiące załączniki do niniejszej SIWZ. Zamawiający zastrzega jednocześnie, że Wykonawca nie może powoływać się na ewentualne pominięcie niektórych robót w dostarczonej przez Zamawiającego przedmiarze robót stanowiącym element Dokumentacji technicznej. Ma on bowiem jedynie charakter pomocniczy, a jego treść nie może być podstawą jakichkolwiek roszczeń. Wykonawca korzystający wyłącznie z treści przedmiaru robi to na własne ryzyko, gdyż podstawą wyceny zamówienia jest dokumentacja techniczna i pozostałe dokumenty tworzące SIWZ.”

#### Przyporządkowanie do właściwej PKWiU

Ponadto w przypadku tego postępowania **nie można mówić w ogóle o usługach związanych z zagospodarowaniem terenów zielonych ponieważ w ramach przedmiotu zamówienia takie usługi nie występują**. Powyższe znajduje potwierdzenie w opisie przedmiotu zamówienia w szczególności w Projekcie wykonawczym w pkt 2.5. Zieleni wskazano, że „Na terenie nie planuje się nowych nasadzeń roślinności”. Co do zasady celem jest zachowanie istniejącej zieleni i naturalnych ścieżek co wynika z dokumentacji postępowania.

Twierdzenie REMONDIS, że „Usługi związane z gospodarką drzewostanem **przewidziane są do wykonania poza obszarem prac związanych z budową placu zabaw**, nie stanowią części robót przygotowawczych (które są opisane w odrębnej sekcji przedmiaru)” jest pozbawione jakichkolwiek podstaw. Nie wynika ono z żadnego postanowienia dokumentacji postępowania ani z udzielonych odpowiedzi.

**Wycinka (2) dwóch drzew przewidziana w przedmiarze jest bezpośrednio związana z inwestycją i stanowi element prac przygotowawczych niezbędnych dla realizacji inwestycji, bo taki właśnie ma charakter, i w związku z tym winna być zakwalifikowana do poz. 43.12.11.0 PKWiu – 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. Tak np. w Wyroku KIO z dnia 2018-04-16 (KIO 629/18) Zdaniem Izby o zakwalifikowaniu danych usług polegających na wycince drzew do odpowiedniego grupowania decyduje cel w jakim te prace są wykonywane.(...)**  
W wyniku wycinki drzew, (...) nie powstaną zagospodarowane tereny zielone, co powoduje, że nie jest uzasadnione objęcie tej usługi preferencyjną stawką podatku VAT.

Zatem nieprawidłowe jest przyporządkowanie wycinki drzew do PKWiU 81.30.10.0. I tak za wyrokiem KIO z dnia 2018-04-16 (KIO 629/18) „grupą PKWiU 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.**”

Załączona do wyjaśnień Wykonawcy REMONDIS interpretacja podatkowa odnosi się do innego stanu faktycznego, gdzie celem zasadniczym jest świadczenie usług związanych z zagospodarowaniem terenów zielonych w tym w szerokim zakresie sadzenie nowych roślin tj. drzewa, krzewy, kwiaty, byliny, cięcia pielęgnacyjne itp., pielęgnację zieleni w okresie gwarancyjnym co jak wykazano powyżej nie ma zastosowania w przedmiotowym przypadku ponieważ nie występują usługi związane z zagospodarowaniem terenów zielonych. W sytuacji omawianej w powyższej interpretacji podatkowej przewidziano odrębne dedykowane płatności za usługi zieleniarskie i pozostałe usługi budowlane.

W uzupełnieniu należy zatem dodać, że w ramach przedmiotowego zamówienia na budowę placu zabaw przy ZSO w Komorowie przewidziano ryczałtowy sposób rozliczenia. Nie przewidziano przy tym wyodrębnionej płatności za usługi związane z wycinką drzew.

#### Podsumowanie

Podsumowując 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.

Wykonawca REMONDIS wychodząc z błędnych nieuzasadnionych założeń, takich jak graficzne rozmieszczenie pozycji w przedmiarze, czy nieuzasadnione twierdzenie, że wycinka drzew ma mieć miejsce poza budową placu zabaw, jak również powołując się na interpretację podatkową odnoszącą się do zupełnie innego stanu faktycznego skrajnie różnego od przedmiotowego postępowania doszedł do błędnych wniosków i zastosował nieprawidłową stawkę podatku VAT.

Jak wykazano powyżej to prace polegające na budowie placu zabaw przesądzą o charakterze całego zamierzenia gospodarczego i celu, jaki miał być osiągnięty. Zatem przedmiot zamówienia jest usługą złożoną (kompleksową) stąd powinna zostać przyjęta jedna stawka podatku VAT. Należy przyjąć, że dla tego konkretnego postępowania właściwa stawka podatku VAT wynosi 23%. Mając na względzie kompleksowy charakter świadczenia jak również niezależnie właściwe przyporządkowanie do grupy 43.12.11.0 PKWU należy uznać, że stawka podatku VAT w wysokości 8% jest stawką nieprawidłową, a co za tym idzie Wykonawca w złożonej ofercie popełnił błąd w obliczeniu ceny oferty, a tym samym oferta musi zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Pzp

**Za najkorzystniejszą wybrano ofertę nr 4 złożoną przez firmę:**

**Firma Rutkowski Tadeusz Rutkowski**

ul. Rzewuskiego 50  
05-800 Pruszków

cena oferty brutto: 278 825,01 zł,  
okres gwarancji: 48 miesięcy od dnia podpisania protokołu odbioru robót

**Uzasadnienie wyboru:**

Wykonawca spełnia postawione przez Zamawiającego wymagania określone w ustawie *Prawo zamówień publicznych* (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) oraz SIWZ. Po spełnieniu postawionych przez Zamawiającego wymagań oferta została uznana za najkorzystniejszą w oparciu o podane kryteria wyboru oferty: **Oferowana cena całkowita brutto (60 %), Okres gwarancji (40%)** Oferta ww. firmy przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i ww. kryteriów.

Dziękujemy za udział w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i zapraszamy do udziału w kolejnych postępowaniach prowadzonych przez Urząd Gminy Michałowice.

Z poważaniem  
Wójt Gminy Michałowice

/-/Małgorzata Pachecka