Sygn. akt KIO 372/20

WYROK

z dnia 6 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2020 r. przez wykonawcę: Zakład Robót Komunalnych „SANTEX" S.C. z siedzibą w Aleksandrowie Łódzkim;

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „SANIKO" Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku;

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania w wysokości 7 500 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) obciąża wykonawcę: Zakład Robót Komunalnych „SANTEX" S.C. z siedzibą w Aleksandrowie Łódzkim, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych i zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Zakład Robót Komunalnych „SANTEX" S.C. z siedzibą w Aleksandrowie Łódzkim, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (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 we Włocławku.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 372/20

UZASADNIENIE

Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „SANIKO" Sp. z o.o. z siedzibą

we Włocławku (dalej „zamawiający") prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Transport odpadu o kodzie 19 12 12 dla RZUOK w Machnaczu"; znak sprawy zamawiającego BZ/ZP.01/08/01/20 (dalej „postępowanie" lub „zamówienie").

Wartość zamówienia jest niższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 31 stycznia 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 507933-N-2020.

W dniu 24 lutego 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: Zakład Robót Komunalnych „SANTEX" S.C. z siedzibą w Aleksandrowie Łódzkim (dalej „odwołujący" lub „SANTEX").

Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, wzniósł odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego polegających na odrzuceniu jego oferty w postępowaniu.

Odwołujący podnosił, że podstawa na której dokonano odrzucenia oferty nie jest uzasadniona. Różnica w stanowiskach stron dotyczy wysokości stawki podatku VAT. Wedle zamawiającego stawka ta powinna wynosi 23%, natomiast odwołujący przyjął stawkę 8%. Odwołujący zauważył, że zamawiający figuruje w systemie BDO pod numerem 000001386. Jak wynika z informacji zawartych w BDO, wobec ww. przedsiębiorstwa Prezydent Miasta Włocławka wydał w dniu 10 czerwca 2013 r. decyzję nr S.6322.15.2013 - zezwolenie na zbieranie odpadów.

Przyjęta stawka podatku VAT w wysokości 8% została ustalona wobec utrwalonej praktyki oraz na podstawie obowiązujących przepisów prawa. W sprawie ustalenia podatku VAT wysokości 8% wypowiadał się już w swoich interpretacja organy administracji skarbowej. Przykładowo, Izba Skarbowa w Łodzi w swej interpretacji z dnia 9 sierpnia 2011 r., wydanej w sprawie IPTPP2/443-171/11 - 2/JS, na podstawie art. 14b § 1 i § 6 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz. U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 z późn. zm.) oraz § 2 i § 5a rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 20 czerwca 2007 r. w sprawie upoważnienia do wydawania interpretacji przepisów prawa podatkowego (Dz. U. Nr 112, poz. 770 z późn. zm.) Dyrektor Izby Skarbowej w Łodzi działając w imieniu Ministra Finansów stwierdziła, że stanowisko Wnioskodawcy, przedstawione we wniosku z dnia 10 maja 2011 r. (data wpływu 23 maja 2011 r.) o udzielenie pisemnej interpretacji przepisów prawa podatkowego dotyczącej podatku od towarów i usług w zakresie stawki podatku VAT przy transporcie odpadów komunalnych do miejsc ich unieszkodliwiania, jakimi są składowiska - jest prawidłowe.

W okolicznościach niniejszej sprawy, w ocenie odwołującego, Santex działałby jako podwykonawca zamawiającego, który posiada uprawnienia do zbierania i przewozu odpadów. Te same zasady (możliwość zastosowania stawki podatku 8%), stosuje się zatem również do podwykonawcy.

Ponadto, wobec tak istotnych różnic w ustaleniu stawki podatku VAT, odwołujący uważał, że przetarg był wadliwy, ponieważ nie określał czy zamawiający posiada uprawnienia do przewozu odpadów i czy wobec tego oferent ma być jego podwykonawcą czy też nie. W tym przypadku zamawiający powinien w ofercie ustalić wysokość stawki podatku od towarów i usług (VAT). W ocenie odwołującego ta treść wprowadzała w błąd przystępujących do przetargu. Taka praktyka - odnośnie stawki 8% podatku VAT - jest stosowana od wielu lat, a okoliczności wskazują, że oferent jest podwykonawcą zamawiającego, a zatem obciąża go taka sama stawka podatku jak zamawiającego.

Zamawiający, w dniu 24 lutego 2020 r., poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając do złożenia przystąpienia. Termin na zgłoszenie przystąpienia upłynął 27 lutego 2020 r. Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający, działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, w dniu 3 marca 2020 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, treścią oferty złożonej w postępowaniu przez odwołującego, korespondencją prowadzoną

pomiędzy zamawiającym a wykonawcami, informacją zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego, odwołaniem oraz odpowiedzią zamawiającego na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o zamówienie. Zamawiający, pismem z 17 lutego 2020 r. poinformował dwóch wykonawców, w tym odwołującego, o odrzuceniu ich ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, gdyż jego zdaniem oferty te zawierały błędy w obliczeniu ceny z uwagi na zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT dla świadczonych usług. W związku z powyższym odwołujący narażony jest na poniesienie szkody w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania, oferta odwołującego zostanie przywrócona do postępowania, a tym samym odwołujący ma szanse na uzyskanie zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści oferty złożonej w postępowaniu przez odwołującego, treści korespondencji prowadzonej pomiędzy zamawiającym a wykonawcami, informacji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego.

Izba oddaliła wniosek odwołującego o wystąpienie do Ośrodka Kwalifikacji i Nomenklatur Urzędu Statystycznego, ul. Suwalska 29, 93-173 Łódź, celem ustalenia czy usługa będąca przedmiotem zamówienia jest usługą ściśle transportową, czy też należy ją zaliczyć jako usługę związaną z przemieszczaniem odpadów innych niż niebezpieczne (symbol PKWiU 38.11.6). Izba w tym zakresie uznała, że treść SIWZ, w zakresie w jakim zamawiający opisał przedmiot zamówienia, jest jasna i nie budzi wątpliwości. Nie budziło również, w ocenie Izby, wątpliwości jaki numer PKWiU należało przyjąć w opisywanym postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, pn. „Transport odpadu o kodzie 19 12 12 dla RZUOK w Machnaczu".

Rozdział III. Przedmiot zamówienia. 3.1. Zakres przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi polegającej na transporcie odpadów o kodzie 19 12 12 - inne odpady w tym zmieszane substancje i przedmioty, stanowiące balast powstający w wyniku mechanicznej obróbki odpadów komunalnych, zbieranych w sposób selektywny oraz niesegregowanych, zmieszanych odpadów komunalnych w postaci frakcji nadsitowej > 80 mm do instalacji zagospodarowania odpadów wskazanej przez Zamawiającego, zlokalizowanej w odległości ok. 80 km od bazy załadunkowej (w jedną stronę). 3.2. Miejsce realizacji przedmiotu zamówienia. Miejscem odbioru i załadunku odpadu jest Regionalny Zakład Utylizacji Odpadów Komunalnych w Machnaczu, gmina Brześć Kujawski, Machnacz 41a, zwany dalej: „RZUOK". 3.3. Opis przedmiotu zamówienia. 1) Przedmiot zamówienia będzie świadczony przez Wykonawcę codziennie od poniedziałku do piątku, przy użyciu minimum 2 samochodów ciężarowych samowyładowczych o pojemności skrzyni ładunkowej nie mniejszej niż 90 m^3 i ładowności nie mniejszej niż 24 Mg. 2) Załadunek zapewnia Zamawiający w dni robocze od poniedziałku do piątku w godz. od 6:00 do 20:00. Załadunek odpadów będzie odbywał się za pomocą koparki z łyżką o pojemności 1,1 m^3 z wydajnością ok. 500 kg/min i zdolnością załadunku do wysokości 6 m. Zamawiający udostępni swobodny dojazd sprzętu oraz plac do załadunku i postoju środków transportu Wykonawcy. 3) Szacowana ilość odpadów do transportu w okresie trwania umowy wynosi ok. 8 800 Mg. 4) Ilość odpadów, przewidziana do odbioru w stanie sypkim to ok. 65-70 Mg odpadów w ciągu dnia. Masa nasypowa odpadów wynosi ok. 0,16-0,18 Mg/m3. 5) W przypadku awarii samochodu, który będzie świadczył usługę dla Zamawiającego, Wykonawca winien zapewnić w ciągu 4 h, w dniu roboczym, samochód zastępczy, o parametrach nie mniejszych niż samochód realizujący usługę. 6) Wykonawca musi zapewnić ciągły, nieprzerwany, sukcesywny odbiór odpadów ze względu na ograniczone możliwości magazynowania odpadów. 7) Kursy będą odbywać się zgodnie z harmonogramem określonym przez instalację zagospodarowania odpadów od poniedziałku

do piątku. Zamawiający dopuszcza maksymalnie 4 kursy dziennie po wcześniejszym uzgodnieniu z Zamawiającym. 8) Wykonawca zobowiązany będzie do dostarczania odpadów do instalacji zagospodarowania odpadu w dni robocze w godzinach: 6:00-9:00 oraz 17:00-21:00. 9) Przy każdej dostawie odpadu do instalacji zagospodarowania odpadu kierowca samochodu winien: - wyładować odpady z pojazdu wyłącznie w miejscu wskazanym przez pracownika instalacji, - doprowadzić do należytego porządku stanowisko rozładowcze po rozładunku, - przekazać pracownikowi instalacji dowód ważenia odpadu oraz dokument WZ (wydanie z magazynu), otrzymany od Zamawiającego, - złożyć czytelny podpis na dokumencie wagowym. 10) Wykonawca jest zobowiązany do posiadania przez cały okres trwania niniejszej umowy: - aktualną licencję na wykonanie krajowego transportu drogowego rzeczy wydaną na podstawie przepisów ustawy z dnia 6 września 2001 r. o transporcie drogowym (Dz. U. z 2019 r., poz. 2140), - aktualny wpis do rejestru wydany na podstawie przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2019 r., poz. 701), w zakresie transportu odpadu o kodzie 19 12 12. 11) Wykonawca zobowiązany jest w czasie odbioru odpadów z RZUOK i dostarczenia ich do instalacji zagospodarowania odpadów do przestrzegania przepisów BHP, ppoż., organizacji ruchu i regulaminów obowiązujących na danym terenie. 12) W przypadku powierzenia zadań podwykonawcom, podwykonawcy muszą posiadać wymagane przepisami prawa stosowne zezwolenia, wpisy dotyczące wykonywania przez nich usług. 13) Ważenie odpadów będzie odbywało się na zalegalizowanej wadze Zamawiającego i będzie dokumentowane kwitem wagowym potwierdzonym przez Wykonawcę. 14) Wykonawca zobowiązany jest do realizacji obowiązków wynikających z ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2019 r., poz. 701), dotyczących podmiotu transportującego odpady. 15) Zamawiający może zawiesić odbiór odpadów m.in. w przypadku wystąpienia przestojów lub awarii instalacji zagospodarowania odpadu lub w przypadku gdy odbiór odpadów jest nieuzasadniony. O terminie przestoju lub zawieszenia przyjmowania odpadów w instalacji i zakończenia tego okresu lub informacji, że odbiór odpadów stał się nieuzasadniony, Zamawiający poinformuje Wykonawcę na piśmie przesłanym drogą e-mail. 16) W przypadkach określonych w pkt. 15 Wykonawcy nie przysługuje prawo do dochodzenia: - należności za niezrealizowane kursy, - odszkodowania za utracone korzyści. 17) Wykonawca rozpocznie świadczenie usługi w terminie do 3 dni od daty podpisania umowy. 18) Z chwilą wydania odpadów Wykonawcy, na Wykonawcę przechodzą wszelkie korzyści i ciężary związane z nimi oraz niebezpieczeństwo ich przypadkowej utraty lub uszkodzenia, w szczególności Wykonawca przejmuje odpowiedzialność za przyjęte odpady, za należyte postępowanie z nimi i za skutki z tego wynikające. 3.4. Wymóg zatrudnienia na podstawie umowy o pracę zgodnie z art. 29 ust. 3a ustawy Pzp. 1) Zamawiający wymaga, aby osoby wykonujące czynności w zakresie realizacji zamówienia, których wykonanie polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz. U. z 2019 r., poz. 1040), były zatrudnione przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę. 2) Wykonawca lub podwykonawca w przypadku rozwiązania stosunku pracy z osobą wykonującą czynności w zakresie realizacji zamówienia przed zakończeniem okresu realizacji zamówienia, zobowiązuje się do niezwłocznego zatrudnienia na to miejsce innej osoby (art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz. U. z 2019 r., poz. 1040): „Przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca - do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem"). 3) Zamawiający wymaga zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę lub podwykonawcę osób - kierowców wykonujących wskazane poniżej czynności w trakcie realizacji zamówienia, tj.: a) realizacja dyspozycji wydawanych przez pracowników nadzoru w zakresie realizacji usługi objętej przedmiotem zamówienia, b) dokonywanie codziennych kontroli stanu technicznego pojazdów, które wykorzystywany są do realizacji usługi objętej przedmiotem zamówienia, c) zabezpieczenie ładunku (odpadu) do transportu, d) zachowanie szczególnej ostrożności podczas transportu odpadu, e) obsługa i prowadzenie samochodów wykorzystywanych do realizacji usługi objętej przedmiotem zamówienia. 4) W trakcie realizacji zamówienia Zamawiający uprawniony jest do wykonywania czynności kontrolnych wobec Wykonawcy odnośnie spełniania przez

Wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane czynności. Zamawiający uprawniony jest w szczególności do: a) żądania oświadczeń i dokumentów w zakresie potwierdzenia spełniania ww. wymogów i dokonywania ich oceny, b) żądania wyjaśnień w przypadku wątpliwości w zakresie potwierdzenia spełniania ww. wymogów, c) przeprowadzania kontroli na miejscu wykonywania świadczenia. 5) W trakcie realizacji zamówienia na każde wezwanie Zamawiającego w wyznaczonym w tym wezwaniu terminie Wykonawca przedłoży Zamawiającemu wskazane poniżej dowody w celu potwierdzenia spełnienia wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez Wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących wskazane czynności w trakcie realizacji zamówienia: a) oświadczenie Wykonawcy lub podwykonawcy o zatrudnieniu na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności, których dotyczy wezwanie Zamawiającego. Oświadczenie to powinno zawierać w szczególności: dokładne określenie podmiotu składającego oświadczenie, datę złożenia oświadczenia, wskazane, że objęte wezwaniem czynności

wykonują osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę wraz ze wskazaniem liczby tych osób, imion i nazwisk, rodzaju umowy o pracę i wymiaru etatu oraz podpis osoby uprawnionej do złożenia oświadczenia w imieniu Wykonawcy lub podwykonawcy. b) poświadczonej za zgodność z oryginałem odpowiednio przez Wykonawcę lub podwykonawcę kopii umowy/umów o pracę osób wykonujących w trakcie realizacji zamówienia czynności, których dotyczy ww. oświadczenie Wykonawcy lub podwykonawcy (wraz z dokumentem regulującym zakres obowiązków, jeżeli został sporządzony). Kopia umów/umowy powinna zostać zanonimizowana w sposób zapewniający ochronę danych osobowych pracowników zgodnie z przepisami ustawy z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych (tj. adresów, PESEL pracowników). Informacje takie jak: imię i nazwisko osób, data zawarcia umowy, rodzaj umowy o pracę i wymiar etatu powinny być możliwe do zidentyfikowania. c) zaświadczenie właściwego oddziału ZUS, potwierdzające opłacanie przez Wykonawcę lub podwykonawcę składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne z tytułu zatrudnienia na podstawie umów o pracę za ostatni okres rozliczeniowy. d) poświadczoną za zgodność z oryginałem odpowiednio przez Wykonawcę lub podwykonawcę kopię dowodu potwierdzającego zgłoszenie pracownika przez pracodawcę do ubezpieczeń, zanonimizowaną w sposób zapewniający ochronę danych osobowych pracowników, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych. 6) Z tytułu niespełnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności, Zamawiający przewiduje sankcję w postaci obowiązku zapłaty przez Wykonawcę kary umownej w wysokości określonej we wzorach umów. Niezłożenie przez Wykonawcę w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie żądanych przez Zamawiającego dowodów w celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę traktowane będzie jako niespełnienie przez Wykonawcę lub podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane czynności. 7) W przypadku uzasadnionych wątpliwości co do przestrzegania prawa pracy przez Wykonawcę lub podwykonawcę, Zamawiający może zwrócić się o przeprowadzenie kontroli przez Państwową Inspekcję Pracy. Zgodnie z pkt 3.5. SIWZ zamawiający wskazał kod CPV: 90512000-9 Usługi transportu odpadów.

Izba ustaliła ponadto, że w postępowaniu zostały złożone trzy oferty: (i) KOR-LAUR A. W. z siedzibą w Koninie za cenę brutto 405 900,00 zł.; (ii) ANET-TRANS A. Ś.- K. z siedzibą w Aleksandrowie Łódzkim za cenę 351 648,00 zł. i oferta odwołującego za cenę 365 428,00 zł. We wskazanej wyżej cenie dwóch wykonawców tj. odwołujący oraz ANET-TRANS A. Ś.- K. z siedzibą w Aleksandrowie Łódzkim zastosowali, do wyliczenia ceny ofertowej, stawkę podatku VAT - 8%. Wykonawca KOR-LAUR A. W. z siedzibą w Koninie, wyliczając cenę brutto, zastosował stawkę podstawową w wysokości 23%.

W związku z powyższym, zamawiający pismem z 11 lutego 2020 r. wezwał wykonawców, którzy zastosowali preferencyjną stawkę podatku VAT, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Odwołujący, w piśmie z 14 lutego 2020 r. wyjaśnił, że przyjęta stawka VAT została ustalona na podstawie obowiązujących przepisów, zgodnie z załącznikiem nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (poz. 145).

Zamawiający, 17 lutego 2020 r. poinformował obu wykonawców, którzy zaproponowali w swoich ofertach stawkę VAT w wysokości 8%, o odrzuceniu ich ofert w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez

zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy

Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy zauważyć, że istota sporu między stronami sprowadzała się do kwestii interpretacji zapisów SIWZ, w zakresie w jakim zamawiający opisał przedmiot niniejszego zamówienia. W konsekwencji odmiennego odczytywania co objęte jest zakresem postępowania, odmienne były stanowiska stron odnośnie kwalifikacji zamówienia wg przyjętego symbolu PKWiU, a w konsekwencji co do zastosowania właściwej stawki podatku VAT.

Odwołujący podnosił, że opis przedmiotu zamówienia, zawarty w Rozdziale III

wskazywał, że przedmiotem niniejszego zamówienia nie jest wyłącznie transport odpadów, ale też ich odbiór. W jego ocenie opis w Rozdziale III, pkt 3.3 podpunkt 4 i 11, sugerował, że jego zadaniem będzie także odbiór odpadów. W cytowanych zapisach mowa jest bowiem o ilości przewidywanej do obioru. Dalej wywodził, że skoro wykonawca w tym postępowaniu ma najpierw odebrać odpad, a następnie go przetransportować, nie można mówić wyłącznie o usłudze polegającej na transporcie. Jeśli przedmiotem usługi jest zarówno odbiór, jak i transport, to transport należy uznać za usługę pomocniczą. W konsekwencji, odwołujący był uprawniony do zastosowania preferencyjnej stawki podatku VAT na tak zamawianą usługę kompleksową.

Z kolei zamawiający wskazywał na zapisy, które w sposób nie budzący wątpliwości wskazywały, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi polegającej wyłącznie na transporcie odpadów o kodzie 19 12 12 - inne odpady w tym zmieszane substancje i przedmioty, stanowiące balast powstający w wyniku mechanicznej obróbki odpadów komunalnych, zbieranych w sposób selektywny oraz niesegregowanych, zmieszanych odpadów komunalnych w postaci frakcji nadsitowej > 80 mm. W Rozdziale III pkt 3.1. przewidziano, że miejscem odbioru i załadunku odpadu jest Regionalny Zakład Utylizacji Odpadów Komunalnych w Machnaczu, zaś miejscem docelowym - instalacja zagospodarowania odpadów wskazana przez zamawiającego, zlokalizowana w odległości ok. 80 km od bazy załadunkowej (w jedną stronę).

Izba uznała w powyższym zakresie, że nie można uznać zapisów SIWZ za niejasne czy wprowadzające w błąd wykonawców co do tego, co jest przedmiotem niniejszego zamówienia. Już sama nazwa zamówienia: „Transport odpadu o kodzie 19 12 12 dla RZUOK w Machnaczu" wskazuje, że mamy do czynienia z przetargiem polegającym na zamawianiu usług transportowych. Z lektury Rozdziału III SIWZ wynika, że ten opisuje, w sposób precyzyjny, że usługa polega na transporcie odpadów ze wskazanej przez zamawiającego lokalizacji do określonego przez niego miejsca. Zgodnie z pkt 3.3, podpunkt 2 zamawiający wskazał, że również załadunek w niniejszym postępowaniu leży po stronie zamawiającego. Z kolei w podpunkcie 4, na który odwołujący zwrócił uwagę, podnosząc iż jest on nieprecyzyjny, opisano jedynie jakie odpady wykonawca będzie odbierał (odpady w stanie sypkim) oraz w jakiej ilości (ok. 65-70 Mg odpadów w ciągu dnia), a nie że wykonawca będzie zajmował się odbiorem odpadów.

W ocenie składu orzekającego, w okolicznościach niniejszej sprawy, mając na uwadze zapisy SIWZ, nie było zatem wątpliwości co do zakresu, jaki zamawiający zamierzał powierzyć wykonawcy w postępowaniu. Należy jednocześnie podkreślić, że jeśli wskazywane zapisy budziły wątpliwości odwołującego na etapie SIWZ, miał on uprawnienie, aby zwrócić się do niego z pytaniem o ich wyjaśnienie. Z akt sprawy wynika, że takie wątpliwości nie były formułowane przez wykonawców, żaden z nich nie zwrócił się do zamawiającego w przedmiotowej kwestii.

W konsekwencji, w ocenie Izby, nie sposób uznać, że przedmiotem niniejszego postępowania jest usługa kompleksowa, polegająca na zbieraniu i odbiorze odpadów, ale sama usługa transportowa. Tym samym, jeśli jedyną zamawianą usługą był transport odpadów, rozumiany jako przewóz drogowy rzeczy, zamawiający dokonał jej prawidłowej klasyfikacji, ustalając jako właściwy kod PKWiU 49.41.Z, zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 4 września 2015 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (Dz. U. z 2015 r., poz. 1676) - dalej „Rozporządzenie w sprawie PKWiU". Pod wyżej wymienionym numerem występuje bowiem transport drogowy, obejmujący przewozy towarów realizowane środkami transportu drogowego przystosowanymi do przewozu: dłużyc, inwentarza żywego, towarów zamrożonych lub schłodzonych, towarów ciężkich, towarów masowych, włączając transport cysternami mleka z gospodarstw rolnych, samochodów, odpadów i materiałów wtórnych, z wyłączeniem ich zbierania i usuwania, wynajem samochodów ciężarowych z kierowcą, transport towarów pojazdami napędzanymi siłą mięśni ludzkich lub ciągnionymi przez zwierzęta.

Tymczasem, co wynika z wyjaśnień odwołującego, złożonych zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień w piśmie z 14 lutego 2020 r., właściwym w tym postępowaniu będzie symbol PKWiU 38.11.6. Zgodnie z opisem zawartym w Rozporządzeniu w sprawie PKWiU, zawiera on usługi związane ze zbieraniem, przetwarzaniem i unieszkodliwianiem odpadów. Sekcja E, w której ten symbol się znajduje pn. Usługi dostarczania wody, ścieki i odpady oraz usługi związane z ich ekultywacją, obejmuje między innymi: usługi związane ze zbieraniem odpadów, usługi związane z infrastrukturą przeznaczoną do przemieszczania odpadów, usługi związane ze składowaniem odpadów, usługi związane z przetwarzaniem i unieszkodliwianiem odpadów. Jak wynika z opisu sekcja ta obejmuje także transport, ale wyłącznie gdy jest on integralną częścią zbierania odpadów. Z kolei definicję legalną „zbierania odpadów" znaleźć można w art. 3 ust. 1 pkt 34 ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 701). Zgodnie ze słowniczkiem przez zbieranie odpadów - rozumie się przez to

gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania, w tym wstępne sortowanie nieprowadzące do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodujące zmiany klasyfikacji odpadów oraz tymczasowe magazynowanie odpadów, o którym mowa w pkt 5 lit. b. W niniejszej sprawie nie ulega wątpliwości, że usługa świadczona przez odwołującego nie będzie polegała na zbieraniu odpadów. Nie sposób zatem podzielić stanowiska, że usługi transportowe, które będzie wykonywał będą integralną częścią zbierania odpadów.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy pozostają również przywoływane przez odwołującego dwie interpretacje organów administracji skarbowej. Zauważyć należy, że interpretacja indywidualna prawa podatkowego jest wykładnią przepisów podatkowych w określonej sprawie i jest wydawana na wniosek i na rzecz zainteresowanego podmiotu. Interpretacja wyraża jedynie stanowisko organu interpretującego w zakresie stosowania przepisów prawa podatkowego, w odniesieniu do wskazanego we wniosku stanu faktycznego (lub zdarzenia przyszłego). Organ wydający interpretację ustala czy zastosowanie znajdą wskazane przez podatnika przepisy, ale co istotne czyni to wyłącznie na podstawie opisanego przez podatnika stanu faktycznego, we wniosku o interpretację.

Niezależnie od powyższego dostrzeżenia wymaga, że w przywołanych przez odwołującego: interpretacji indywidulanej wydanej przez Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi z dnia 9 sierpnia 2011 r., wydanej w sprawie IPTPP2/443-171/11 - 2/JS oraz interpretacji indywidulanej Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z 12 sierpnia 2014 r. w sprawie ILPP5/443-124/14-4/KG stwierdzono, iż: „Usługi związane z transportem odpadów komunalnych do miejsc składowania, jakim są składowiska sklasyfikowane przez wnioskodawcę pod symbolem PKWiU 38.11.6 od dnia 1 stycznia 2011 r. podlegają opodatkowaniu 8% stawką podatku od towarów i usług, na podstawie art. 41 ust. 2 ustawy w związku z poz. 145 załącznika nr 3 do ustawy. Ocena organu, w niniejszej sprawie, opiera się zatem na założeniu, że przyjęty symbol PKWiU jest właściwy dla oceny zastosowanych przepisów podatkowych.

Zauważyć należy, że odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnych dowodów, z których wynikałaby błędna ocena zamawiającego odnośnie prawidłowości zastosowanej stawki VAT.

Za nietrafione należy uznać również argumenty odwołującego, że w danych okolicznościach działa jako podwykonawca zamawiającego. Odwołujący jest bowiem wykonawcą, który składa ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nie sposób zatem uznać, że korzysta z uprawnień polegających na możliwości stosowania preferencyjnej stawki podatku VAT.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie określił w SIWZ jaka stawka podatku VAT winna być zastosowana dla usług objętych przedmiotem postępowania. Tym samym wskazanie prawidłowej stawki było obowiązkiem wykonawcy składającego ofertę. Odwołujący zastosował stawkę preferencyjną 8%, powołując się na okoliczność, że usługi o kodzie PKWiU 38.11.6 tj. usługi związane z infrastrukturą przeznaczoną do przemieszczania odpadów innych niż niebezpieczne, wymieniono w załączniku nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług z dnia 11 marca 2004 r. (tj. Dz. U z 2020 r., poz. 106), w którym to zamieszczono wykaz towarów i usług opodatkowanych stawką podatku w wysokości 7%. Przypisanie zatem niewłaściwego symbolu PKWiU do zakresu usług, opisanych przez zamawiającego w SIWZ, doprowadziło odwołującego do błędnego wniosku co do możliwości zastosowania innej, niż podstawowa, stawki VAT.

Zamawiający, dokonując badania i oceny ofert stwierdził, że odwołujący zastosował w niniejszym postępowaniu niewłaściwą stawkę podatku VAT. W konsekwencji podjął decyzję o odrzuceniu oferty tego wykonawcy, powołując się na przesłankę wynikającą z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Takie działanie zamawiającego należy uznać za prawidłowe.

Na wstępie wymaga wskazania, iż Sąd Najwyższy w dwóch uchwałach z 20 października 2011 r. w sprawach o sygn. akt III CZP 52/11 i III CZP 53/11 zauważył, że określenie w treści oferty wykonawcy błędnej stawki podatku VAT oraz obliczenie w oparciu o tą stawkę podatku VAT, jako składnika ceny brutto, stanowi błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym, Sąd Najwyższy potwierdził, że zamawiający na gruncie przywołanej regulacji ma obowiązek weryfikacji zaoferowanej ceny pod kątem ustalenia, czy nie zawiera ona błędu w obliczeniu ceny, w zakresie dotyczącym określenia właściwej stawki VAT. Na zamawiającym spoczywa bowiem, wynikający z art. 18 ustawy Pzp, obowiązek prawidłowego i zgodnego z przepisami przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w celu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W przywołanych uchwałach Sąd Najwyższy podniósł także, że w świetle art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 roku o cenach nie może budzić

wątpliwości, że podatek VAT jest składnikiem ceny stanowiącym element cenotwórczy, co już na etapie składania ofert nakłada obowiązek obliczenia określonej w ofercie ceny z uwzględnieniem właściwej stawki podatku VAT.

Chociaż Krajowa Izba Odwoławcza, co do zasady, nie jest organem powołanym do rozstrzygania sporów dotyczących prawa podatkowego, jednakże dla potrzeb konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w związku z zarzutami podnoszonymi w odwołania, musi dokonać interpretacji właściwych przepisów podatkowych w przedmiocie zastosowania właściwej stawki podatku od towarów i usług (powyższe dotyczy również oceny dokonywanej przez zamawiającego). Jak zaznaczył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały w sprawie o sygn. akt III CZP 52/11 taka interpretacja będzie miała swoje zastosowanie jedynie do oceny ofert wykonawców w postępowaniu o udzielenie tego zamówienia publicznego i nie ma rozstrzygającego znaczenia w sferze zobowiązań podatkowych wykonawców.

W niniejszym stanie faktycznym, biorąc pod uwagę zakres zamówienia opisany przez zamawiającego w SIWZ, Izba uznała, że właściwą stawką jaką winien zastosować wykonawca jest stawka podstawowa. Tym samym oferta odwołującego, która zawierała stawkę podatku VAT niezgodną z obowiązującymi przepisami, podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Błąd w przyjętej stawce podatku VAT jest bowiem błędem niepodlegającym poprawieniu i wywołującym skutek w postaci odrzucenia oferty wykonawcy.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: .....