

WYROK

z dnia 11 stycznia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2021 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo-Produkcyjno-Usługowe „Zagroda” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzyżowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Świlcza

przy udziale wykonawcy FB Serwis Karpatia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Gminie Świlcza unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 2 zamówienia oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego Przedsiębiorstwo Handlowo-Produkcyjno-Usługowe „Zagroda” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzyżowie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie części 2 zamówienia z uwzględnieniem oferty odwołującego;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Świlcza i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Świlcza na rzecz odwołującego Przedsiębiorstwo Handlowo-Produkcyjno-Usługowe „Zagroda” Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzyżowie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3759/21

Uzasadnienie

Zamawiający Gminę Świlcza (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Świlcza” (nr postępowania: RGI.271.17.2). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 lipca 2021 r. pod numerem 2021/S 143-380482. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 27 grudnia 2021 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo-Produkcyjno-Usługowe „Zagroda” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzyżowie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w części 2 zamówienia, tj. Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych miejscowości: Świlcza, Trzciana, Woliczka, Dąbrowa, Błędowa Zgłobieńska - część południowa). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego z uwagi na przyjęcie, że określił nieprawidłową stawkę VAT w zakresie dostawy worków dla właścicieli nieruchomości,
2. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu;
3. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę FB Serwis Karpatia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie (dalej jako „Przystępujący”);
4. art. 253 ust. 1 ustawy Pzp poprzez podanie błędnego uzasadnienia faktycznego oraz prawnego informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty dla części nr 2 oraz informacji o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego;

ewentualne (w przypadku stwierdzenia, że przyjęta przez Zamawiającego interpretacja przepisów o VAT jest prawidłowa, a interpretacja przepisów Odwołującego jest błędna):

5. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty;
6. art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie złożonej przez Odwołującego;

ewentualnie, w przypadku, jeżeli Krajowa Izba Odwoławcza oddali powyższe zarzuty:

7. art. 255 pkt. 6) ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania z uwagi na jego nieusuwalną wadę polegającą na takim sformułowaniu SWZ, które prowadzi do nieporównywalności ofert. Zapisy SWZ i OPZ poddają się bowiem różnej interpretacji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 17 grudnia 2021 r. polegającej na wyborze oferty Przystępującego i odrzuceniu oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Ewentualnie Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu, alternatywnie: poprawienia omyłki w ofercie Odwołującego, albo złożenia wyjaśnień w zakresie interpretacji przepisów podatkowych przyjętych dla kalkulacji ceny. W przypadku oddalenia zarzutów nr 1-6 Odwołujący wniósł o unieważnienie postępowania z uwagi na nieusuwalną jego wadę. Odwołujący wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

Uzasadniając zarzut nr 1 Odwołujący wskazał, iż przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego jest wadliwe przyjęcie przez Zamawiającego, że dla całości zamówienia musi zostać zastosowana jednolita stawka podatku VAT (8%), a w konsekwencji, iż oferta

Odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny. Odwołujący podniósł, iż zgodnie z art. 6

ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (Dz.U.2021.1540 tj.) podatkiem jest

publicznoprawne, nieodpłatne, przymusowe oraz bezzwrotne świadczenie pieniężne na rzecz Skarbu Państwa, województwa, powiatu lub gminy, wynikające z ustawy podatkowej. Natomiast podatek VAT nie stanowi przychodu wykonawcy i jest zwracany do właściwego urzędu skarbowego. Odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło z tego jedynie powodu, że zdaniem Zamawiającego, istnieje obowiązek zastosowania dla całości zamówienia jednolitej stawki podatku VAT. Natomiast w treści SWZ Zamawiający nie wskazał, jakie stawki podatku VAT winny znaleźć zastosowanie. Zatem dokonanie odrzucenia oferty Odwołującego oparte

na podstawie przekonania Zamawiającego o konieczności zastosowania w przedmiotowym zamówieniu jednolitej stawki VAT jest nieuprawnione. Wedle najlepszej wiedzy Odwołującego, Zamawiający nie dysponował interpretacją indywidualną dot. jednolitej stawki podatku, co oznacza, że nie ma podstaw do kwestionowania stawki podatku VAT wskazanej przez Odwołującego. W konsekwencji Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, iż kluczowe w sprawie jest, że Odwołujący realizował tożsame zamówienie na rzecz Zamawiającego w latach 2020 i 2021. Wówczas wynagrodzenie jakie Odwołujący się uzyskiwał od Zamawiającego za usługę dostawy worków na odpady komunalne opodatkowane było podatkiem VAT w stawce 23%. Zatem Odwołujący, opierając się na dotychczasowej praktyce, w ramach ubiegania się o przedmiotowe zamówienie wskazał tożsamą stawkę w formularzu ofertowym. Dalej Odwołujący wskazał, że Zamawiający, w swoim stanowisku powołał się na wyroki TSUE z roku 2007, 1996 i 2005, a nadto przytoczone orzecznictwo KIO i sądu powszechnego. Należy przyjąć, że orzecznictwo to, w szczególności orzeczenia TSUE, sprzed 10 lat, było znane Zamawiającemu w roku 2021 r. i mimo tego nie zgłaszał jakichkolwiek zastrzeżeń w zakresie stosowanej stawki VAT. Podniósł również, że wiążącej wykładni przepisów prawa podatkowego dokonują organy administracji skarbowej i sądy administracyjne. Ewentualna, niejednolita wykładnia przepisów nie może być uznawana za wykluczającą wykonawcę - szczególnie w świetle ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę, że to na Zamawiającym spoczywa ciężar udowodnienia, iż podjęta decyzja była słuszna (art. 6 k.c.). W niniejszej sprawie, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego się nie wskazując żadnej prawidłowej podstawy prawnej wynikającej z ustaw podatkowych. Dodatkowo stanowisko Zamawiającego dot. jednolitej stawki VAT pozostaje w sprzeczności z wzorem formularza ofertowego udostępnionym przez Zamawiającego (załącznik nr 2 do SWZ). Bowiern pkt 5 formularza został podzielony na części zawierające opis zakresu usługi. Jednocześnie przykładowy formularz zawiera rubrykę „Podatek VAT”, co dodatkowo potwierdza brak możliwości przyjęcia jednolitej stawki opodatkowania. Ponadto Odwołujący zauważył, że odrębną od głównej usługą jest jednocześnie dostawa worków popielatych na popiół, którą pokrywa bezpośrednio mieszkaniec. Formularz ofertowy zawiera oddzielną, niepodlegającą porównaniu stawkę w tym zakresie. Dostawa worka popielatego nie jest zatem usługą związaną, „nierozdzielalną”, bez której świadczenia nie można wykonać usługi głównej, mimo, że popiół będzie również odbierał i zagospodarowywał wykonawca. Powszechnie wskazuje, że stanowisko Zamawiającego jest niekonsekwentne. Odwołujący wskazał, że zgodnie z ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach mieszkańcy mogą samodzielnie wyposażać nieruchomości w worki i pojemniki. Nie jest to zatem usługą niezbędną, „nierozdzielalną” - jak wskazuje TSUE, w kontekście usługi na odbiór i zagospodarowanie (w odwołaniu przywołano art. 5 ust. 1 ww. ustawy).

Odwołujący wskazał również, że obniżone stawki podatku VAT mają charakter wyjątkowy i powinny mieć zastosowanie do usług wskazanych wprost w ustawie o podatku od towarów i usług lub w przepisach wykonawczych do tej ustawy. Ich stosowania nie można domniemywać. Podstawa do zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 8% musi być zatem wykazana w sposób niebudzący wątpliwości. Brak możliwości jednoznacznego wykazania istnienia, w okolicznościach sprawy, w odniesieniu do konkretnego przedmiotu i zakresu robót opisanego w SIWZ, podstaw do zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 8%, wskazuje na zastosowanie stawki podstawowej. Podstawową stawką podatku VAT jest stawka 23%. Zgodnie z przepisami podatkowymi, ustalenie prawidłowej stawki VAT jest obowiązkiem podatnika. Podatnikiem jest Odwołujący. Ewentualne zastosowanie podwyższonej stawki podatku VAT jest podstawą wystąpienia o zwrot nadpłaty - art. 72 § 1 pkt 1 O.p.. Ewentualna nadpłata podatku VAT powoduje uprawnienie do jej zwrotu (I NSA 912/17, TSUE: w sprawie C - 68/79 ECLI:EU:C:1980:57; w sprawie C-343/96

ECLI:EU:C:1999:59; w sprawie C-309/06 ECLI:EU:C:2008:211), czasem nawet w sytuacji, gdy zostanie wykazane, że obciążenie nienależnym podatkiem zostało przerwane na osoby trzecie (vide wyroki: w sprawie C-147/01, ECLI:EU:C:2003:533 pkt 85; w sprawie C-309/06, pkt 41-43; w sprawie C-398/09, ECLI:EU:C:2011:540, pkt 18-21). Zastosowanie nieprawidłowej stawki VAT nie ma wpływu na ważność czynności prawnej na podstawie którego realizowane jest świadczenie.

Uzasadniając zarzuty nr 2 i 3 Odwołujący wskazał, iż naruszenie opisane powyżej miało wpływ na zaniechanie Zamawiającego, polegające na niewybraniu jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego. Podkreślił, że niezależnie od przyjętej stawki VAT (tj. 8% lub 23%) to oferta złożona przez Odwołującego się była najkorzystniejsza. Stosownie do SWZ jednym z kryteriów jest cena. Zamawiający nie sprecyzował, czy ma to być cena netto czy brutto. Zgodnie z art. 7 pkt. 1) ustawy Pzp przez cenę należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2019 r. poz. 178), nawet jeżeli jest płacona na rzecz osoby niebędącej przedsiębiorcą. Oznacza to, że porównaniu powinna podlegać cena brutto. Niezależnie zatem, jaka byłaby przyjęta stawka VAT (8 czy 23%) za dostawę worków, oferta Odwołującego jest korzystniejsza. Odwołujący wskazał także na wyrok KIO z dnia 17 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 299/18. Również zgodnie ze wzorem umowy RGI.271.17.2021: w przypadku zmiany przepisów dot. stosowanych stawek VAT- umowa ulega odpowiedniej modyfikacji- oznacza to, że naliczany podatek nie jest wartością stałą w zamówieniu Odwołujący spełniał wszystkie warunki udziału w postępowaniu określone w dokumentacji postępowania, a złożona przez niego oferta była najkorzystniejsza. Wybór oferty Przystępującego wynika wyłącznie z nieprawidłowej interpretacji dot. jednolitej stawki podatku VAT. W konsekwencji doprowadziło to do zaniechania uznania za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Odwołującego. Jednocześnie sankcja w postaci odrzucenia oferty Odwołującego jest zbyt daleko idąca.

Uzasadniając zarzut nr 4 Odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 253 ust. 1 Pzp, na zamawiającym ciąży określone obowiązki informacyjne po wyborze oferty. Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej powinna zawierać uzasadnienie faktyczne oraz prawne. Obowiązek ten stanowi realizację podstawowej zasady prawa zamówień publicznych, jaką jest zasada jawności postępowania. Odwołujący zauważył, że informacja opublikowana przez Zamawiającego w dniu 17 grudnia 2021 r. nie spełnia wymogu z art. 253 ust. 1 Pzp, gdyż argumentacja Zamawiającego odnosi się wyłącznie do zasady jednolitej stawki VAT. Nie sposób natomiast dopatrzeć się argumentów w zakresie zapisu z dokumentacji postępowania, gdzie Zamawiający przewidział zasadę, na którą się powołuje. Zamawiający nie określił w dokumentacji postępowania stawek VAT, a treść formularza ofertowego Odwołującego odnosi się do dotychczasowej praktyki oraz relacji gospodarczych pomiędzy stronami niniejszego postępowania. Zamawiający dodatkowo zaniechał wyjaśnienia braku zastosowania przez niego instytucji wyrażonej w art. 223 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 2 Pzp - tj. wezwania do wyjaśnienia treści złożonej oferty czy też poprawy oczywistych omyłek rachunkowych.

W zakresie zarzutu nr 5 w odwołaniu podniesiono, iż w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Oznacza to, że zamawiający analizują treść oferty danego wykonawcy oraz dopatrując się pewnych wątpliwości, zobligowany jest do zwrócenia się do tego wykonawcy z prośbą o złożenie wyjaśnień w tym zakresie. Art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp upoważnia zamawiającego do poprawiania w ofercie wykonawcy oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Odwołujący wskazał, iż instytucja poprawiania omyłek służy udzieleniu zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą, i ma eliminować sytuacje, gdy z powodu nieistotnych omyłek czy niezamierzonych opuszczeń odrzucane byłyby oferty gwarantujące realizację zamówienia zgodnie z jego warunkami. Odwołujący wskazał także na art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, podnosząc, że to na zamawiającym jako gospodarzu postępowania ciąży obowiązek opracowania dokumentacji postępowania w sposób jak najbardziej precyzyjny. A contrario uchybienia zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców. Oznacza to, iż brak wskazania przez zamawiającego stawek VAT nie może prowadzić do negatywnych konsekwencji dla wykonawcy ubiegającego się o dane zamówienie. Tym bardziej nie może prowadzić do automatycznego odrzucenia oferty takiego wykonawcy, jak to uczynił Zamawiający. Zatem wszelkie wątpliwości co do jednoznaczności postanowień dokumentacji postępowania, w oparciu o którą wykonawcy składają oferty, muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy.

Odwołujący wskazał, iż tożsame stanowisko zdaje się wynikać z Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/WE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2014/18/WE, która zmieniła dotychczasowy system zamówień publicznych. Ustawodawca unijny bowiem dostrzegł zasadność każdorazowego

uwzględniania przez zamawiających wykładni zapewniającej dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców, celem zapewnienia zrównoważonej konkurencji w zamówieniach. Wedle ustawodawcy europejskiego, kształtowanie praktyki prawa zamówień publicznych powinno odbywać się przy uwzględnieniu możliwej współpracy zamawiających z wykonawcami. Odwołujący podkreślił także, że czynność odrzucenia oferty powinna być stosowana przez zamawiających jako ostateczność. Bowiem ustawa Pzp uprawnia, ale i zobowiązuje zamawiających do stosowania innych kroków, mogących wyłączyć konieczność odrzucenia oferty. Zamawiający w ramach przedmiotowego postępowania zaniechał wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień tudzież samodzielnego poprawienia omyłki rachunkowej, powodując tym samym odrzucenie oferty Odwołującego. W konsekwencji, zaniechanie Zamawiającego spowodowało uniemożliwienie Odwołującemu realizacji zamówienia odpowiadającego prowadzonej przez niego działalności gospodarczej. Wszystkie działania Zamawiającego powinny mieć charakter proporcjonalny a wszelkie nieścisłości SWZ muszą być rozpatrywane na korzyść wykonawcy. Odwołujący wskazał na wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 10 maja 2017 r., sygn. akt VIII Ga 43/17.

Uzasadniając zarzut nr 7 (zarzut ewentualny) Odwołujący wskazał, że doprowadzenie do sytuacji, w której oferty nie dają się porównać, prowadzi do nieważności postępowania. To zamawiający odpowiada za określenie sposobu obliczenia ceny w ten sposób, aby oferty dawały się porównać. Jeżeli możliwa jest różna interpretacja zapisów SWZ to jest to winą postępowania. Zgodnie z orzecznictwem, nieporównywalność ofert jest jedną z przesłanek obligatoryjnego unieważnienia postępowania (art. 255 pkt 6) ustawy Pzp). Na dowód, że możliwe jest przyjęcie, że Odwołujący prawidłowo ustalił stawkę VAT Odwołujący załączył wzór oferty z postępowania w gminie Sokołów Podlaski.

Zamawiający i Przystępujący na rozprawie wnieśli o oddalenie odwołania w całości, przedstawiając stanowisko do protokołu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia wymogów określonych art. 525 ust. 1-3 ustawy Pzp Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia dokonane przez wykonawcę FB Serwis Karpatia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie po stronie Zamawiającego i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze Uczestnika.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienia czynność odrzucenia oferty Odwołującego wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ, informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego. Ponadto Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego, tj. wzoru formularza ofertowego w postępowaniu SO.271.2.AO.2020 prowadzonym przez Gminę Sokołów Podlaski, wniosku o wydanie interpretacji indywidualnej z dnia 5 stycznia 2022 r., odpisu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 22 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 96/21, wydruku ze strony internetowej, protokołu z czynności sprawdzających z dnia 15 grudnia 2021 r. (dokument objęty tajemnicą przedsiębiorstwa), faktur VAT wystawionych przez Odwołującego za realizację usługi na rzecz Zamawiającego w roku 2021 wraz z potwierdzeniami zapłaty oraz wyciągiem z dokumentacji postępowania, faktur VAT dokumentujących zakup worków przez Odwołującego od ich dystrybutora, wzoru formularza ofertowego w postępowaniu SZP.27.75.2021.KD prowadzonym przez MPO w m.st. Warszawie Sp. z o.o.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o odroczenie posiedzenia do czasu wydania interpretacji indywidualnej przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej. Izba zważyła, że Odwołujący wystąpił z rzeczonym wnioskiem dopiero w dniu 5 stycznia 2022 r.

mimo, iż o podstawie odrzucenia jego oferty powziął wiedzę już w dniu 17 grudnia 2021 r., a do wyjaśnień w tym zakresie był wzywany już 30 listopada 2021 r. Wniosek Odwołującego prowadziłby zatem do nieuzasadnionego przedłużenia postępowania odwoławczego, spowodowanego zwłoką w działaniu samego Odwołującego.

Izba nie uwzględniła również wniosku Odwołującego z dnia 7 stycznia 2021 r. o otwarcie rozprawy i dopuszczenie stanowiska Odwołującego odnoszącego się do dokumentu z dnia 2 grudnia 2021 r., na który Zamawiający powołał się podczas rozprawy. Zgodnie z art. 551 ust.

1 ustawy Pzp Przewodniczący składu orzekającego zamyka rozprawę po przeprowadzeniu dowodów i udzieleniu głosu stronom, a także jeżeli Izba uzna, że sprawa została dostatecznie wyjaśniona. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu Izba otwiera na nowo zamkniętą rozprawę, jeżeli po jej zamknięciu ujawniono okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania. Po zamknięciu rozprawy nie ma możliwości składania dalszych oświadczeń stron czy przeprowadzenia dowodów. Otwarcie rozprawy na nowo jest uzasadnione wyłącznie w sytuacjach ekstrapordynaryjnych, kiedy to ujawniają się nowe okoliczności bądź pojawiają się nowe wnioski dowodowe, nie rozpoznawane uprzednio, które mają dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie. W rozpoznawanej sprawie Izba udzieliła głosu każdej ze Stron i Uczestnikowi dwukrotnie i zamknęła rozprawę uznając sprawę za dostatecznie wyjaśnioną. Odwołujący wywodził konieczność otwarcia rozprawy na nowo wyłącznie z własnej subiektywnej potrzeby odniesienia się do twierdzeń Zamawiającego podniesionych na rozprawie w ramach repliki (w drugiej turze wypowiedzi). Tymczasem otwarcie rozprawy na nowo nie służy umożliwieniu Odwołującemu przedstawienia dodatkowej argumentacji w odniesieniu do twierdzeń Zamawiającego prezentowanych na rozprawie. Ponadto wypowiedź Zamawiającego, do której Odwołujący chciał się odnieść nie dotyczyła nowego dokumentu, nieznanego Odwołującemu wcześniej, lecz jego własnych wyjaśnień (pismo z dnia 2 grudnia 2021 r.) złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący nie podjął również próby wykazania, że okoliczności, na które powołał się w złożonym piśmie mają dla rozstrzygnięcia sprawy jakiegokolwiek znaczenie, nie mówiąc o znaczeniu istotnym. W konsekwencji Izba pominęła stanowisko zawarte w piśmie Odwołującego z dnia 7 stycznia 2021 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Świlcza w okresie od 01.01.2022 r. do 31.12.2022 r. Przedmiot zamówienia został podzielony na 3 części. Część 2 zamówienia obejmuje odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych miejscowości: Świlcza, Trzciana, Woliczka, Dąbrowa, Błędowa Złobieńska - część południowa. W rozdziale 4 SWZ, w odniesieniu do części 2 wskazano, iż jej zakresem objęty jest odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych miejscowości: Świlcza, Trzciana, Woliczka, Dąbrowa, Błędowa Złobieńska - część południowa wraz z wyposażeniem wszystkich zgłoszonych nieruchomości w pojemniki do gromadzenia odpadów selektywnie zbieranych - z wyjątkiem worka koloru popielatego przeznaczonego na popiół pochodzący z instalacji domowego ogrzewania, w który Właściciel wyposaża się we własnym zakresie u Wykonawcy. Cena worka obejmuje koszty związane z odbiorem, transportem i zagospodarowaniem odpadu. Wskazano także m.in., iż Wykonawca jest zobowiązany zapewnić pojemniki na odpady komunalne selektywnie zbierane (z wyjątkiem worka koloru popielatego przeznaczonego na popiół) i dostarczyć je na adres nieruchomości wskazanych w wykazie nieruchomości na czas realizacji przedmiotowego zamówienia, bez dodatkowych opłat ze strony właściciela nieruchomości. Podano prognozę przewidywanych zamówień dla worków na odpady na poziomie 195 000 szt. Zamawiający wskazał także, iż Wykonawca będzie odbierał z terenu nieruchomości popioły pochodzące z instalacji domowego ogrzewania w worku koloru popielatego, o pojemności 120l, opatrzonym nadrukiem zawierającym informację o rodzaju odpadu, do gromadzenia którego jest przeznaczony, który udostępni właścicielowi za odpłatnością uwzględniającą koszt odbioru i zagospodarowania tego odpadu. Odbiór z terenu nieruchomości będzie odbywał się na warunkach uzgodnionych wzajemnie między przedsiębiorcą odbierającym odpady a właścicielem nieruchomości. Wykonawca w formularzu ofertowym zobowiązany jest podać cenę jednostkową za odbiór z terenu nieruchomości popiołu pochodzącego z instalacji domowego ogrzewania w worku koloru popielatego, o pojemności 120l, opatrzonym nadrukiem zawierającym informację o rodzaju odpadu, do gromadzenia którego jest przeznaczony, który udostępni właścicielowi za odpłatnością uwzględniającą koszt odbioru i zagospodarowania tego odpadu. Szacunkowa ilość popiołu 62,3 Mg.

W formularzu ofertowym dla części 2 zamówienia należało wskazać ceny jednostkowe netto, podatek VAT oraz ceny jednostkowe brutto dla siedmiu pozycji (poz. 1 dotyczyła odbioru i zagospodarowania 1Mg niesegregowanych odpadów komunalnych, poz. 2-5 dotyczyły odbioru i zagospodarowania 1Mg określonych segregowanych odpadów komunalnych, poz. 6

dotyczyła ryczałtu za dostawę worków na odpady komunalne za 1 miesiąc, a poz. 7 usługi wydrukowania i zakopertowania kodów kreskowych).

W postępowaniu oferty na część 2 zamówienia złożyły trzy podmioty: Odwołujący, Przystępujący oraz wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej - Rzeszów Sp. z o.o. Odwołujący w formularzu ofertowym w poz. 6 (ryczałt za dostawę worków na odpady komunalne za 1 miesiąc) wskazał kwotę netto 11 414,63 zł (brutto 14 040,00) zł. Odwołujący przyjął dla tej pozycji stawkę VAT 23%, zaś dla pozostałych pozycji (poz. 1-5 i 7 stawkę 8%). Przystępujący oraz trzeci z wykonawców wskazali we wszystkich pozycjach tabeli formularza ofertowego stawkę VAT 8%.

Zamawiający pismem z dnia 30 listopada 2021 r. wezwał Odwołującego do wyjaśnienia doliczenia stawki podatku VAT w wysokości 23% przy wycenie dostawy worków na odpady komunalne za 1 miesiąc (poz. 6 tabeli z formularza ofertowego — załącznik nr 2 do SWZ dla części nr 2) w kontekście art. 41 ust. 2 w związku z art. 146a pkt 2 ustawy i poz. 27 oraz poz. 28 załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 685). Odwołujący w odpowiedzi na powyższe wezwanie wyjaśnił, iż stawka VAT doliczona do sprzedaży worków dla Gminy wynosi 23%, jest to stawka podstawowa doliczona zawsze do sprzedaży towarów. Worki sprzedawane dla Gminy są towarami i od momentu zakupu do sprzedaży dla Gminy nie zmienia się ich charakter (są cały czas towarami). Odwołujący wskazał, iż obniżoną stawkę VAT może stosować jedynie w przypadku usługi wywozu odpadów. Jeżeli worki zostaną użyte do wykonania usługi, czyli są tzw. świadczenia pomocnicze wówczas naliczona stawka VAT 8%, gmina zakupiła worki, a nie usługę. W miesiącach od stycznia, lutego i marca 2021 wystawiono faktury VAT na sprzedaż worków, gdzie do ceny netto worków doliczono 23% VAT i nie zostały one w żaden sposób zakwestionowane przez Urząd (od tego czasu nie zmieniły się przepisy). Odwołujący wskazał też, że zgodnie z art. 225 pkt. 1 ustawy Pzp Zamawiający może wskazać stawkę podatku VAT, która według niego jest prawidłowa i zgodnie z art. 223 pkt. 3 ww. ustawy, powinien poprawić w ofercie na uznaną przez siebie za właściwą i dokonać oceny oferty.

Zamawiający w dniu 17 grudnia 2021 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w części 2 zamówienia. Jednocześnie Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Zamawiający uzasadniając powyższe wskazał, że wykonawca przy kalkulacji ceny oferty w pozycji dotyczącej wyceny dostawy worków na odpady komunalne za 1 miesiąc (poz. 6 tabeli z formularza ofertowego — załącznik nr 2 do SWZ dla części nr 2) zastosował stawkę podatku VAT w wysokości 23%. Podniósł, iż zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (sprawa C-572/07, C349/96, C-III/05), w przypadku czynności powiązanych ekonomicznie i funkcjonalnie ze sobą w taki sposób, że stanowią jedno świadczenie z gospodarczego i ekonomicznego punktu widzenia, wskazane jest ich traktowanie jako jednej nierozłącznej całości także dla celów opodatkowania VAT. Jeżeli kilka świadczeń dokonywanych przez podatnika na rzecz klienta jest ze sobą tak ściśle związane, że tworzy obiektywnie jedno świadczenie z ekonomicznego i gospodarczego punktu widzenia, to nie należy dla celów podatkowych sztucznie dzielić takiego świadczenia. W przypadku zatem, gdy w skład świadczonej usługi wchodzi usługi pomocnicze, czyli takie, które nie stanowią dla kontrahenta (klienta) celu samego w sobie, a są jedynie uzupełnieniem usługi głównej, opodatkowanie całego świadczenia winno nastąpić wg stawki obowiązującej dla usługi zasadniczej. W świetle powyższych regulacji prawnych oraz mając na względzie opis przedmiotu zamówienia oraz jego cel należy stwierdzić, że w prowadzonym postępowaniu niewątpliwie mamy do czynienia z usługą główną jaką jest usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy, a także czynnością pomocniczą, którą stanowi przekazanie worków, które to worki nie będą redystrybuowane przez Gminę lecz posłużą mieszkańcom do zbierania odpadów. Czynności dodatkowe, tj. przekazanie worków na odpady komunalne w ramach usługi głównej, stanowią jedno kompleksowe świadczenie, zgodnie z zakresem umownym. Tym samym należy przyjąć, że wykonawca świadczy kompleksową usługę związaną z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów. Przekazane samych worków nie jest usługą samą w sobie, gdyż jest wprost połączone ze zbieraniem odpadów segregowanych przez mieszkańców.

W konsekwencji, zdaniem Zamawiającego, jeżeli czynności, w ramach których następuje przekazanie worków na odbiór odpadów komunalnych, mieszczą się w grupowaniu PKWiU 38.11.11.0 lub PKWiU 38.11.21.0 i wchodzi w skład usługi kompleksowej (tj. usługi odbioru i zagospodarowania odpadów), a tak jest w tym przypadku, to w tej sytuacji są opodatkowane stawką podatku w wysokości 8%, zgodnie z art. 41 ust. 2 w zw. z art. 146a pkt 2 ustawy i poz. 27 oraz poz. 28 załącznika nr 3 do ustawy. Powyższe ustalenia są zgodnie z wieloma wyrokami KIO np. 228/20 z 2020-02-24 gdzie Izba jednoznacznie stoi na stanowisku, że usługa zasadnicza to odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych a usługi/dostawy pomocnicze to usługi dostarczania worków na odpady zbiórki selektywnej, pojemników na odpady, stojaków do worków na odpady zbiórki selektywnej. Ewidentnie Izba podziela pogląd odwołującego, że te ostatnie wymienione usługi to jest dostawa worków na

odpady, dostarczenie pojemników na odpady czy też stojaków na worki na odpady zbiórki selektywnej są usługami pomocniczymi, czyli niezbędnymi do tych pierwszych czyli odbioru i zagospodarowania i dalej - spór nie dotyczy dostawy worków na odpady, ponieważ wykonawca wybrany w tym przypadku zastosował stawkę VAT odpowiednią do świadczenia głównego/zasadniczego to jest stawkę podatku vat w wysokości 8 procent. W podobnej sprawie wypowiedział się Sąd Okręgowy Sygn. akt III Ca 215/19 w wyroku z 30 kwietnia 2019 r. w zakresie kompleksowego charakteru świadczonej usługi jak i właściwej w takim przypadku jednolitej stawki podatku VAT wynoszącej 8%. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej jak i sądów krajowych (por. orzeczenia przywołane przez K. (...)) w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku utrwalone jest bowiem stanowisko, że usługi kompleksowe należy traktować jako całość, bez wyodrębniania poszczególnych czynności, nawet jeśli są opodatkowane różnymi stawkami VAT. Oznacza to, że świadczenie takie winno zostać opodatkowane w całości z zastosowaniem takiej stawki, jaka właściwa jest dla usługi zasadniczej. Z dokumentacji przetargowej jednoznacznie wynika, że dostawa worków nie stanowi celu samego w sobie, ale jest środkiem służącym bezpośrednio realizacji usługi głównej. (...). Cel dostawy worków jest zdeteminowany przez charakter usługi głównej. Pomiędzy dostawą worków a usługą główną istnieje zatem taki związek funkcjonalny, który w pełni uzasadnia traktowanie przedmiotu zamówienia jako usługi kompleksowej.

Zamawiający wskazał, iż mając na względzie powyższe, wszystkie usługi i dostawy wymienione w formularzu są elementami jednej usługi kompleksowej polegającej na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych z terenu Gminy Świlcza. Zatem prawidłową stawką podatku VAT dla wszystkich elementów wskazanych w formularzu ofertowym jako stanowiących usługi zasadnicze i pomocnicze dla usługi kompleksowej jest stawka 8%

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Za potwierdzone Izba uznała zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 oraz art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego z uwagi na przyjęcie, że określił nieprawidłową stawkę VAT w zakresie dostawy worków dla właścicieli nieruchomości i wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego oraz art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez podanie błędnego uzasadnienia faktycznego oraz prawnego informacji o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. W myśl art. 239 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Ponadto wskazać należy także, iż zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Istotą sporu w przedmiotowej sprawie była okoliczność, czy Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, z uwagi na przyjęcie niewłaściwej stawki podatku VAT w poz. 6 formularza ofertowego (ryczałt za dostawę worków na odpady komunalne za 1 miesiąc) ustalonej przez Odwołującego na 23%.

Jak wskazuje się jednolicie w doktrynie i orzecznictwie, nieuwzględnienie w cenie oferty prawidłowej stawki podatku VAT stanowi co do zasady błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. W tym miejscu zauważyć należy, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie określił w dokumentach zamówienia stawki VAT, która powinna zostać uwzględniona przez wykonawców w składanych ofertach. Zamawiający wymagał złożenia formularza oferty, gdzie w tabeli dla każdego wyszczególnionego tam elementu zamówienia należało podać cenę jednostkową netto, przyjętą stawkę podatku VAT (%) oraz cenę jednostkową brutto. Wykonawcy w zakresie podatku od towarów i usług sami wypełniali dane w kolumnie „Podatek VAT (%)”. Zatem ciężar ustalenia prawidłowej stawki podatku został przerzucony na wykonawców. Brak wskazania stawki podatku VAT w dokumentach zamówienia powoduje, że ewentualne zastosowanie wadliwej stawki podatku VAT nie mogło być konwalidowane w toku oceny i badania ofert jako omyłka podlegająca poprawieniu w trybie określonym w art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, a stwierdzenie nieprawidłowości w tym zakresie winno skutkować odrzuceniem oferty jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny. Obowiązkiem Zamawiającego było poddanie ocenie, czy wykonawcy przyjęli prawidłowe

stawki podatku VAT, wysokość podatku VAT stanowi bowiem zasadniczy element cenotwórczy (na co wskazano m.in. w uchwale Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11).

Dalej podkreślić należy, że Zamawiający decydując się odrzucić ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp powinien być w stanie wykazać, że oferta wykonawcy w istocie zawierała błąd w obliczeniu ceny - tj. że przyjęta przez wykonawcę stawka podatku VAT, będąca w tym wypadku stawką podstawową, była nieprawidłowa. Mieć należy bowiem na uwadze, że na gruncie ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 685 ze zm.) zasadą jest zastosowanie podstawowej stawki podatku VAT, o której mowa w art. 41 ust. 1 ww. ustawy, zaś stosowanie stawek preferencyjnych stanowi odstępstwo od ww. reguły, a jako takie powinno być interpretowane ściśle. Jeżeli więc Zamawiający uznał, że wykonawcy w poz. 6 tabeli formularza ofertowego powinni byli wskazać stawkę 8%, to powinien właściwie i adekwatnie to uzasadnić. Odrzucenie oferty możliwe jest jedynie w sytuacji, gdy błąd w obliczeniu ceny stwierdzono w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości. Decyzja ta nie może być oparta wyłącznie o subiektywne przekonanie Zamawiającego, co do właściwej do zastosowania stawki podatku VAT, lecz winna mieć podstawy prawne oraz faktyczne. Uzasadnienie tej decyzji powinno w szczególności prezentować analizę przepisów prawnopodatkowych w odniesieniu do ukształtowanych w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia postanowień opisu przedmiotu zamówienia. To opis przedmiotu zamówienia determinuje bowiem okoliczność, jaką stawkę VAT powinni przyjąć wykonawcy kalkulując cenę oferty. To w oparciu o konkretną treść SWZ wykonawcy przygotowywali swoje oferty i zgodnie z nią Zamawiający je badał i oceniał. Odniesienie się w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty do konkretnych wymagań dotyczących realizacji zamówienia wynikających z dokumentów zamówienia, które były podstawą do uznania przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny, powinny być kluczowym elementem tego zawiadomienia. Ma to znaczenie zasadnicze, ponieważ to w oparciu o zawiadomienie o odrzuceniu oferty wykonawca dowiadyuje się, jakie faktyczne powody stały za wyeliminowaniem jego oferty i na tej podstawie podejmuje decyzję o skorzystaniu bądź nie ze środków ochrony prawnej.

Izba zważyła, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający zdecydował się odrzucić ofertę Odwołującego, nie będąc w stanie jednocześnie przedstawić konkretnej, merytorycznej argumentacji, dlaczego na kanwie opisu przedmiotu zamówienia wynikającego z SWZ, należało przyjąć jednolitą stawkę podatku VAT w poz. 6 tabeli formularza cenowego - stawkę preferencyjną, niższą niż stawka podstawowa określona w art. 41 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług. W ocenie Izby decyzja Zamawiającego została oparta wyłącznie na jego własnym przekonaniu, że wykonawca przyjął błędną stawkę podatku VAT. Zamawiający twierdząc, że dostawa worków (pojemników) będzie stanowiła wyłącznie element pomocniczy dla głównego przedmiotu zamówienia, jakim jest odbiór i zagospodarowanie odpadów, nie przedstawił żadnej konkretnej analizy postanowień SWZ, mającej potwierdzać jego stanowisko. W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Zamawiający wskazał, iż „mając na względzie opis przedmiotu zamówienia oraz jego cel należy stwierdzić, że mamy do czynienia z usługą główną i czynnością pomocniczą”, niemniej jego argumentacja ani w ww. piśmie, ani później w postępowaniu odwoławczym, nie referowała do konkretnej treści opisu przedmiotu zamówienia i ustalonych tam wymagań. Ponadto Zamawiający nie wyjaśnił dlaczego w jego ocenie dostawa worków (pojemników na odpady) i odbiór/zagospodarowanie odpadów stanowią nierozłączną całość i jedno świadczenie z ekonomicznego i gospodarczego punktu widzenia, że są one tak ściśle ze sobą związane, że ich rozdzielanie należałoby uznać za sztuczne. Stanowisko prezentowane przez Zamawiającego sprowadza się w zasadzie jedynie do stwierdzenia, że „jest to jedno kompleksowe świadczenie, zgodnie z zakresem umownym.” Taka argumentacja nie może być uznana za dostatecznie uzasadniającą odrzucenie oferty Odwołującego.

Rozpoznając przedmiotową sprawę Izba miała ponadto na względzie, że na rynku usług odbioru i zagospodarowania odpadów istnieją rozbieżności w zakresie stawki podatku VAT, jaką przyjmują wykonawcy za dostawę worków (pojemników) na odpady komunalne - część z nich przyjmuje stawkę jednolitą dla całego zamówienia w wysokości 8%, część zaś stawkę podstawową 23%. Wydawane są w tym przedmiocie także różne indywidualne interpretacje podatkowe, zależne od stanu faktycznego konkretnego przypadku (w tym często od przedstawionego we wniosku opisu). Rzeczone niejednoznaczności potwierdza chociażby wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 22 października 2021 r. (sygn. akt XXIII Zs 96/21), na który powołał się podczas rozprawy Odwołujący. Odwołujący wskazywał także m.in. na fakt podania przez Przystępującego stawki 23% w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia, czemu Przystępujący nie przeczył. Co istotne, Zamawiający niewątpliwie miał świadomość istniejących w tym zakresie rozbieżności - sam bowiem jeszcze niedawno uznawał stosowaną przez Odwołującego dotychczas w zamówieniach realizowanych na rzecz Zamawiającego stawkę VAT 23% za dostawę worków na odpady komunalne, za prawidłową i zgodną z przepisami. Jak Zamawiający wyjaśnił podczas rozprawy, zmienił stanowisko dopiero, gdy

zobaczył, że inni wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu zastosowali jednolitą stawkę podatku VAT dla całego zamówienia (Zamawiający wskazał, iż „do tej pory tylko Odwołujący składał oferty, obecnie oferty złożyły także dwie inne firmy i zastosowały stawkę jednolitą 8%”). Powyższe pozwala wnioskować, że Zamawiający - mimo, iż jest gospodarzem postępowania - w zasadzie sam nie miał wiedzy, jaka stawka VAT powinna zostać uznana za prawidłową.

W ocenie składu orzekającego Zamawiający, wskazując w sposób arbitralny na prawidłową w jego ocenie stawkę podatku VAT, nie przedstawił twierdzeń ani dowodów wykazujących zasadność prezentowanej przez niego wykładni przepisów prawa podatkowego w kontekście ustalonej treści dokumentów zamówienia. Zamawiający nie dysponował wydaną w oparciu o stan faktyczny dotyczący przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia indywidualną interpretacją podatkową, jak i nie powołał się nawet na inne tego rodzaju interpretacje wydane w oparciu o stany faktyczne, które można byłoby uznać za podobne. Nie złożył również żadnych opinii podatkowych czy opinii prawnych. Zamawiający jedynie podczas rozprawy powołał się na uzyskaną w tym zakresie „opinię kancelarii” niemniej nie znajdowała się ona w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej Izbie, jak i nie została złożona na rozprawie jako dowód w sprawie. Nie sposób zaś stwierdzić prawidłowości decyzji Zamawiającego wyłącznie w oparciu o jego własne przekonanie co do właściwej stawki podatku VAT, tym bardziej, że Zamawiający sam był w swoim stanowisku niekonsekwentny, skoro w poprzednich latach za prawidłowe uznawał przyjęcie przez Odwołującego dla dostawy worków stawki 23%, co Odwołujący wykazał składając faktury dokumentujące zarówno zakup worków od dostawcy, jak i ich sprzedaż na rzecz Zamawiającego i czego Zamawiający nie kwestionował. Odwołujący jako dowód na prawidłowość przyjętej przez niego w 2021 r. stawki VAT złożył także protokół z przeprowadzonych przez organ kontroli skarbowej czynności sprawdzających w zakresie złożonej przez Odwołującego deklaracji VAT (dokument objęty tajemnicą przedsiębiorstwa).

Reasumując, jak wskazano powyżej, wysokość stosowanej przez wykonawców stawki podatku VAT w spornym zakresie może podlegać różnym interpretacjom. Zamawiający zdecydował się odrzucić ofertę Odwołującego uznając przyjętą przez niego stawkę podstawową za nieprawidłową, w sytuacji gdy nie wykazał, aby faktycznie w realiach przedmiotowego postępowania była ona błędna. Zamawiający oparł się jedynie na własnym przekonaniu, którego nie poparł ani dowodami mającymi potwierdzać prawidłowość jego stanowiska ani przynajmniej merytoryczną analizą obowiązujących przepisów podatkowych w relacji do opisu przedmiotu zamówienia. W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że decyzja Zamawiającego nie może być uznana za prawidłową, Zamawiający tej prawidłowości nie wykazał bowiem w postępowaniu odwoławczym. Mając zaś na uwadze zasadę kontrydiktoryjności postępowania odwoławczego, zgodnie z którą to strony zobowiązane są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (por. art. 534 ust. 1 ustawy Pzp), nie jest rolą Izby przedstawianie za Zamawiającego argumentacji na poparcie jego stanowiska i poszukiwanie na tę okoliczność dowodów. Izba orzeka wyłącznie w przedmiocie tego, która ze Stron postępowania dowiodła swoich racji, w oparciu o taki stan faktyczny, jaki został przez Strony przedstawiony, a wynik postępowania odwoławczego jest zależny przede wszystkim od inicjatywy dowodowej Stron. Postępowanie odwoławcze na gruncie ustawy Pzp ma zatem zasadniczo inny charakter niż np. postępowanie podatkowe, w którym organ podatkowy z urzędu prowadzi postępowanie dowodowe, dążąc do ustalenia prawdy obiektywnej. W oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, że uzasadnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego nie wykazywało prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego czynności, a prawidłowości tej nie udowodniono także w postępowaniu odwoławczym.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 2 zamówienia oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie części 2 zamówienia z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Zarzuty oznaczone nr 5-7 odwołania nie podlegały rozpoznaniu z uwagi na fakt, że zostały one podniesione jako zarzuty ewentualne, na wypadek stwierdzenia przez Izbę, że przyjęta przez Zamawiającego interpretacja przepisów o VAT jest prawidłowa. To od decyzji Odwołującego, jako dysponenta odwołania, zależy, jakie zarzuty podnosi w odwołaniu i w jaki sposób je formułuje. W ocenie Izby brak jest przeszkód ku temu, aby w odwołaniu podnieść zarzuty główne oraz - na wypadek jego nieuwzględnienia - zarzuty ewentualne i tak też Odwołujący uczynił. Dodatkowo na posiedzeniu w dniu 7 stycznia 2022 r. Odwołujący wycofał zarzut oznaczony nr 5 odwołania, niemniej zarzuty nr 5-7 i tak nie podlegały rozpoznaniu.

Mając na względzie wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: