

WYROK

z dnia 14 czerwca 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kurowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2022 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Praxima Krakpol Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini oraz Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Szybka Kolej Miejska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Praxima Krakpol Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini oraz Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Praxima Krakpol Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini oraz Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Praxima Krakpol Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini oraz Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu na rzecz Zamawiającego - Szybkiej Kolei Miejskiej Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 3.198,00 zł (słownie: trzy tysiące sto dziewięćdziesiąt osiem złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu

wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego - Szybkiej Kolei Miejskiej Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 roku 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 1359/22

Uzasadnienie

Zamawiający - Szybka Kolej Miejska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 roku poz. 1129 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego mającego za przedmiot Usługi utrzymania czystości pojazdów oraz mienia przedsiębiorstwa Szybka Kolej Miejska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 marca 2022 r. pod numerem: 2022/S 056-147898.

W dniu 12 maja 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku przedmiotowego postępowania.

W dniu 23 maja 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o uzyskanie zamówienia Praxima Krakpol Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini oraz Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako „Odwołujący”) wnieśli odwołanie w zakresie nr 2 przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy

Pzp:

- 1) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego oraz wadliwe i błędne przyjęcie, że oferta złożona przez Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny, podczas gdy została sporządzona prawidłowo;
- 3) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Podstawowe żądanie Odwołującego to uwzględnienie odwołania w zakresie zadania nr 2 przedmiotowego zamówienia i nakazanie Zamawiającemu:

1. uchylenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. uchylenia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
4. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, tj. oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że „(...) nie zgadza się ze stanowiskiem zaprezentowanym przez Zamawiającego w piśmie z dnia 12 maja 2022 r., które to stanowisko stanowi podstawę odrzucenia oferty Wykonawcy. Z przedmiotowego pisma wynika, że podstawę odrzucenia oferty Wykonawcy stanowił błąd w obliczeniu ceny według przepisu art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynikający z faktu, iż Wykonawca określił stawkę podatku VAT w wys. 8% dla pozycji 17 załącznika nr 2 do formularza oferty, dotyczącej usuwania zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych przy ul. Potrzebnej 54, która to stawka - w ocenie Zamawiającego - jest nieprawidłowa.”

Argumentując powyższe Odwołujący wskazuje, że w jego ocenie „(...) nazwa usługi opisanej w pozycji 2.4.1 pkt 2: „usuwanie liści i innych zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych położonych na bocznicach kolejowej przy ul. Potrzebnej 54 w Warszawie oraz ich

wywóz poza teren boczniczy w miejsce zapewnione przez Wykonawcę” jednoznacznie wskazuje na usługę z zakresu zamywania śmieci i usuwania śniegu, a jednocześnie - jest to usługa odrębna od innych usług, dot. sprzątnia.”

Odwolujący przywołał treść pkt II.4.1, II.4.2 oraz II.4.3 opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 2.2 do SWZ i wskazał, że Zamawiający sam podzielił czynności w nim wymienione ze względu na inne wysokości stawek podatku VAT.

Następnie Odwołujący podniósł, że świadczenia związane z usuwaniem zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych przy ul. Potrzebnej 54 w Warszawie należy oceniać jako funkcjonalnie odrębne i użyteczne - a zatem odrębne.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że „(.) prawidłowo dokonał klasyfikacji usług, która prowadzi do stwierdzenia, że usługa dot. usuwania zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych podlega opodatkowaniu obniżoną stawką 8% na podstawie: poz. 50 załącznika nr 3 do ustawy - Usługi zamywania śmieci i usuwania śniegu (PKWiU 81.29.12.0). Oczyszczenie powierzchni dachu i rynien oraz sprawdzenie odpływów (rur spustowych) i ich udroźnienie, o których to czynnościach pisze Zamawiający w podstawach odrzucenia oferty, zostały natomiast ujęte w innym punkcie, tj. II.4.2 razem z czynnościami odśnieżania, a wycena tych czynności nastąpiła w Tabeli 18, której to Zamawiający nie kwestionował. Tym samym błędnym jest uznanie przez Zamawiającego, że usługi usuwania zanieczyszczeń z dachów należy zakwalifikować do kategorii Pozostałe usługi sprzątnia i czyszczenia, gdzie indziej nie sklasyfikowane i zastosować 23% stawkę podatku VAT. Taka teza jest w sposób oczywisty niezgodna z zakresem, który obejmuje przedmiotowe grupowanie. Jak wynika z opisu grupowania wskazanego przez Zamawiającego PKWiU 81.29.19.0 tego rodzaju usługi zostały jednak w warunkach zamówienia wymienione w innej pozycji formularza (Tabela nr 18 Załącznika 2.2 do SWZ), co tym bardziej potwierdza, że pozycja nr 17: „usługi usuwania zanieczyszczeń z dachów” dotyczyła świadczeń z zakresu zamywania śmieci i usuwania śniegu. W tym kontekście, co Zamawiający zdaje się całkowicie pomijać, podkreślić należy, iż usługi usuwania zanieczyszczeń z dachów będą wykonywane w trakcie umowy tylko i wyłącznie według częstotliwości wymaganej przez Zamawiającego.”

Następnie Odwołujący podniósł aspekt techniczny wykonania usługi wskazując, że „(...) nie istnieją żadne istotne przeciwwskazania, aby usuwanie zanieczyszczeń (śmieci) z dachów obiektów budowlanych, a następnie z terenu przyległej do obiektów posesji nie mogło odbywać się poprzez ich zamywanie. Odwołujący wskazuje, że efekt wykonania usługi w postaci usunięcia zanieczyszczeń z dachów ww. obiektów, a następnie z posesji, jak najbardziej można osiągnąć poprzez zakładane przez Odwołującego zamywanie tychże zanieczyszczeń lub głównie ich zamywanie (element główny usługi kompleksowej). Należy przy tym pamiętać, że na gruncie podatkowym istotny jest przede wszystkim stan faktyczny, a ten w rozpatrywanej sprawie z uwagi na zakładany przez Odwołującego sposób wykonania usługi wskazuje na prawidłowość kwalifikacji usługi do PKWiU 81.29.12.0 - Usługi zamywania śmieci i usuwania śniegu, a w efekcie potwierdza prawidłowość zastosowania przez Odwołującego stawki VAT 8%. Ponadto Niezależnie od powyższego Odwołujący zwraca dodatkowo uwagę, że na stronach internetowych Głównego Urzędu Statystycznego w wyszukiwarce do klasyfikacji PKWiU 2015, dostępnej pod adresem [jako precedens do symbolu 81.29.12.0 zostały wskazane: „Usługi polegające na sprzątniu zanieczyszczeń \(pasich odchodów\) oraz usuwaniu śniegu w okresie zimowym - z dachu budynku” \(Precedens nr 1, data wydania: 17.03.2016\). Powyższe w ocenie Odwołującego każe rozumieć, że zakres PKWiU 81.29.12.0 jest szerszy, aniżeli jedynie literalnie wskazane nim zamywanie śmieci i usuwanie śniegu.”](#)

Odwolujący podniósł, że Zamawiający sam przyznał w informacji o odrzuceniu oferty, że usługa stanowi usługę odrębną.

W dalszej kolejności Odwołujący podniósł, że „(.) argumentacja zamawiającego uzasadniająca odrzucenie jego oferty jest chybiona, ponieważ zastosowana stawka jest prawidłowa, a co więcej wysokość stawki VAT jest taka sama jaką Zamawiający uznał w poprzednim roku i nie wnosił do niej żadnych zastrzeżeń, przy tak samo skonstruowanych postanowieniach SWZ. (.) Zamawiający swoje stanowisko o prawidłowości stawki 23% dla ww. pozycji 17 oparł wyłącznie na swoich niepewnych i zmiennych poglądach. W roku 2021 uznając stawkę 8% w zakresie spornych czynności jako prawidłową, a w roku 2022 r. jako nieprawidłową. Zmienność poglądów Zamawiającego spowodowała, iż oferta Odwołującego rzetelnie przygotowania i zgodna ze stawką z poprzedniego roku została odrzucona pomimo, iż stanowiła ona ofertę najkorzystniejszą. Mając na uwadze przedstawione wyżej stanowisko Odwołujący uważa, że odrzucenie jego oferty tylko na podstawie opinii Zamawiającego jest bezpodstawne. Należy zwrócić uwagę, że jeśli Zamawiający miał wątpliwości co do zastosowanej stawki VAT polski ustawodawca przewidział rozwiązanie prawne, jakie jest określone w art. 14s ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa, który stanowi, iż z wnioskiem o wydanie interpretacji indywidualnej może wystąpić zamawiający w rozumieniu ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021

r. poz. 1129, z późn. zm.) w zakresie mającym wpływ na sposób obliczenia ceny w związku z udzielanym zamówieniem publicznym. Uzyskanie takiej interpretacji rozstrzygałoby kwestię prawidłowości stawki, a jednocześnie zapewniałoby ochronę prawną podmiotowi realizującemu zamówienie przy zastosowaniu stawki VAT wskazanej przez organ podatkowy. Należy zwrócić uwagę, że to Zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odpowiada za jego prawidłowe przygotowanie (...).

Dodatkowo wskazać należy, że powołana przez Zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty interpretacja indywidualna Dyrektora KIS z dnia 20 marca 2019 r., sygn.0114- KDIP4.4012.45.2019.2.MP (dla uzasadnienia stanowiska Zamawiającego co do zastosowania dla spornej usługi stawki VAT 23%), po pierwsze nie dotyczy Odwołującego, bo nie została wydana w jego sprawie. Natomiast interpretacje indywidualne, wydane dla innych podatników, nie są w żaden sposób wiążące dla ogółu podatników, a więc również dla Odwołującego. Po drugie nawet pomijając powyższe (że interpretacja dotyczy innego podmiotu) również jej ogólna wartość argumentacyjna jest znikoma. Dyrektor KIS, rozstrzygając o stawce VAT, oparł się bowiem na PKWiU podanym wprost przez wnioskodawcę (nie dokonując przy tym w żaden sposób oceny prawidłowości podanego PKWiU). Gdyby wnioskodawca wskazał inne PKWiU, rozstrzygnięcie mogłoby być zatem zupełnie inne. Ponadto z ww. interpretacji wyraźnie wynika, że to właśnie do świadczącego usługę (podatnika) należy prawidłowa klasyfikacja PKWiU. (.).

Reasumując, Odwołujący stwierdza, iż na obowiązek zastosowania stawki VAT 23% w stosunku do czynności usuwania zanieczyszczeń z dachów nie wskazują żadne postanowienia SWZ, zarówno co do sposobu obliczenia ceny oferty, jak i opisu przedmiotu zamówienia. Wszyscy Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia byli obowiązani samodzielnie ustalić prawidłową stawkę podatku VAT, gdyż Zamawiający nie określił w trakcie postępowania takiej stawki. Tym samym, wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mogli przypuszczać, że sam Zamawiający postrzega zamówienie w odniesieniu do czynności z pkt. 17 Załącznika nr 2 do formularza oferty jako świadczenie, do którego znajduje zastosowanie obniżona stawka VAT, tj. usługę z zakresu zamiatania śmieci i usuwania śniegu - poprzez chociażby porównanie zakresu świadczenia z pkt. 17 i pkt. 18 Tabeli.

Podkreślić należy, że przepisy prawa podatkowego przemawiają za przyjęciem tezy, iż ustalenie wysokości podatku od towarów i usług obejmujące także wybór stawki, czy skorzystanie ze zwolnienia należy wyłącznie do Wykonawcy, ponieważ art. 103 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2021 r. poz. 685 z późn. zm.), wskazuje, iż podatnicy oraz inne podmioty wystawiające faktury są obowiązani, bez wezwania naczelnika urzędu skarbowego, do obliczania i wpłacania podatku w ustalonych terminach na rachunek urzędu skarbowego - tym samym jeśli chodzi o stawkę podatku to do jej zastosowania, naliczenia i odprowadzenia są zobowiązani sprzedawcy towarów i usług będący podatnikami tego podatku, czyli przedsiębiorcy prowadzący profesjonalną działalność gospodarczą, podejmują świadome decyzje, bezpośrednio obciążające ich konsekwencjami nieprawidłowości w tym zakresie (z odpowiedzialnością karno-skarbową łącznie).

W myśl art. 146aa ust. 1 pkt 2 ustawy stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 2, art. 120 ust. 2 i 3 oraz tytule załącznika nr 3 do ustawy, wynosi 8%.

Mając na uwadze wszystkie przytoczone powyżej argumenty, usługę dot. usuwania zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych przy ul. Potrzebnej 54 w Warszawie, należy uznać za usługę odrębną od innych usług objętych zamówieniem, a w konsekwencji do jej opodatkowania należy zastosować stawkę VAT 8%."

Pismem z dnia 9 czerwca 2022 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie.

Wniósł w niej o odrzucenie odwołania z uwagi na fakt, że Odwołujący wraz z odwołaniem nie przekazał dowodu, na który się powołał - faktury nr U-0779/11/2021 z dnia 18 listopada 2021 r.

Na wypadek skierowania sprawy na rozprawę Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości wskazując, co następuje.

W pierwszej kolejności Zamawiający przedstawił stan faktyczny sprawy:

W toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie Zadania 2 zostały złożone 3 oferty, które w Załączniku nr 2 (Formularz cenowy), w Tabeli nr 17, zawierały różne stawki podatku VAT. Odwołujący wskazał stawkę podatku VAT na poziomie 8%.

Pismem z dnia 26 kwietnia 2022 r. Zamawiający wezwał Wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia do złożenia wyjaśnień w zakresie podania podstaw dla zastosowanej stawki podatku VAT.

Z wyjaśnień złożonych przez Odwołującego wynikało, że usługę dotyczącą usuwania zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych zakwalifikował do pozycji nr 50 załącznika

nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 685 ze zm.), tj. do pozycji Usługi zamiatania śmieci i usuwania śniegu, PKWiU 81.29.12.0.

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że Wykonawca Centrum - Usługa, który wskazał stawkę na poziomie 23% wyjaśnił, że stawka ta została zastosowana zgodnie z

symbolem PKWiU 81.29.19.0 - Pozostałe usługi w zakresie sprzątnięcia i czyszczenia, gdzie indziej niesklasyfikowane, z uwagi na fakt, że nigdzie w symbolach PKWiU nie została jasno

określona usługa czyszczenia dachów.

Z kolei, jak wskazał Zamawiający, Wykonawca Darmar, który wskazał stawkę podatku VAT w kwestionowanym zakresie na poziomie 8% wyjaśnił, że popełnił omyłkowy błąd w stawce VAT sugerując się stawką VAT za odśnieżanie dachów.

Zamawiający podniósł, że uznał za nieprzekonujące wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w zakresie zakwalifikowania usługi objętej Tabelą nr 17 Formularza cenowego do pozycji oznaczonej numerem 81.29.12.0 - Usługi zamiatania śmieci i usuwania śniegu. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że swoje stanowisko w zakresie możliwości zastosowania w tym przypadku obniżonej stawki podatku VAT konsultował z doradcą podatkowym, który wskazał, że właściwą stawką dla usuwania zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych jest stawka 23% podatku VAT.

Następnie Zamawiający wskazał, że w treści informacji o odrzuceniu ofert w zakresie Zadania nr 2 w sposób szczegółowy uzasadnił swoją ocenę i stanowisko. Powołał się przy tym na orzecznictwo, w którym podkreśla się, że przepisy przewidujące opodatkowanie stawką preferencyjną nie mogą być interpretowane w sposób rozszerzający, zatem powinny mieć zastosowanie do usług wprost wskazanych w ustawie o podatku VAT, a podstawa do zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 8% musi być wykazana w sposób niebudzący wątpliwości (tak m.in. wyrok KIO z dnia 17 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1299/18).

Zamawiający podniósł, że Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach nie sprostował ww. wymaganiom. W wyjaśnieniach Odwołujący nie wskazał, by usługi objęte Tabelą nr 17 Formularza cenowego były wskazane wprost w ustawie o podatku VAT jako usługi korzystające z preferencyjnej stawki opodatkowania, jak również nie wykazał podstawy do zastosowania stawki 8% w sposób, który nie budziłby wątpliwości. W ocenie Zamawiającego Odwołujący powołując się w wyjaśnieniach na pozycję Usługi zamiatania śmieci i usuwania śniegu, PKWiU 81.29.12.0, nie wykazał, że pod tą pozycją mieszczą się usługi mające szerszy zakres niż zamiatanie śmieci.

Odnosząc się do twierdzeń zawartych w odwołaniu Zamawiający wskazał, że nie jest prawdą, by w części II Opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 2.2. do SWZ) Zamawiający wskazał usługi ze stawką 8% podatku VAT.

Część II OPZ dotyczy następujących usług:

1. Utrzymania w czystości terenów zielonych wraz z międzytorzami oraz układem komunikacyjnym (pkt II-II.3 OPZ). Usługę tę należało wycenić odrębnie i po to Zamawiający przewidział w Formularzu cenowym Tabelę 16.

2. Odśnieżania dachów obiektów budowlanych przy ul. Potrzebnej 54 w

Warszawie (pkt II.4.2. OPZ). Usługę tę należało wycenić odrębnie i po to

Zamawiający przewidział w Formularzu cenowym Tabelę 18.

3. Usuwanie zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych przy ul.

Potrzebnej 54 w Warszawie (pkt II.4.3 OPZ). Usługę tę należało wycenić odrębnie i po to Zamawiający przewidział w Formularzu cenowym Tabelę 17.

Zamawiający zgodził się z twierdzeniem, że w przypadku ww. usług nie należy mówić

o świadczeniu kompleksowym - każda z ww. usług jest odrębna.

Zamawiający wskazał także, że niezrozumiałe dla niego jest stanowisko Odwoływającego, który podnosi, że nie mamy do czynienia w tym przypadku z usługą kompleksową, a jednocześnie dalsze wywoły odwołania nakazują uznać, że Odwoływający traktuje usługę z pkt II.4.2. OPZ (Odśnieżanie dachów obiektów budowlanych przy ul. Potrzebnej 54 w Warszawie) jako usługę połączoną z usługą z pkt II.4.3. OPZ (Usuwanie zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych przy ul. Potrzebnej 54 w Warszawie).

Zamawiający przytoczył treść zawartą w odwołaniu:

„Należy zwrócić uwagę, że Odwoływający prawidłowo dokonał klasyfikacji usług, która prowadzi do stwierdzenia, że usługa dot. usuwania zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych podlega opodatkowaniu obniżoną stawką 8% na podstawie: poz. 50 załącznika nr 3 do ustawy- Usługi zmiatania śmieci i usuwania śniegu (PKWiU 81.29.12.0). Oczyszczenie powierzchni dachu i rynien oraz sprawdzenie odpływów (rur spustowych) i ich udrożnienie, o których to czynnościach pisze Zamawiający w podstawach odrzucenia oferty, zostały natomiast ujęte w innym punkcie, tj. 114.2 razem z czynnościami odśnieżania, a wycena tych czynności nastąpiła w Tabeli 18, której to Zamawiający nie kwestionował”.

Następnie Zamawiający wskazał, że oczyszczanie powierzchni z dachu i rynien, sprawdzanie odpływów (rur spustowych) i ich udrożnienie zostało przewidziane w pkt II.4.2. OPZ, a więc w punkcie dotyczącym odśnieżania dachów i objęte Tabelą 18 Formularza cenowego. Odwoływający pomija jednak w ocenie Zamawiającego, że oczyszczanie powierzchni z dachu i rynien, sprawdzenie odpływów (rur spustowych) i ich udrożnienie zostało przewidziane także w pkt II.4.3. OPZ, a więc w zakresie usługi objętej Tabelą 17 Formularza cenowego. Zamawiający podkreślił, że wycena usługi oczyszczania powierzchni z dachu i rynien, sprawdzenie odpływów (rur spustowych) i ich udrożnienie następowało nie tylko w Tabeli 18 - jak sugeruje to Odwoływający - ale także w Tabeli 17. Są to usługi odrębne, świadczone w różnych porach roku i o odmiennej częstotliwości.

Zamawiający zakwestionował także twierdzenia Odwoływającego dotyczące tego, że usługa związana z usuwaniem zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych przy ul. Potrzebnej 54 w Warszawie może się odbyć wyłącznie poprzez zmiatanie. W zakres prac (pkt II.4.3. OPZ) wchodzi nie tylko oczyszczenie powierzchni dachu, ale także:

- oczyszczenie rynien,
- sprawdzenie odpływów (rur spustowych) i ich udrożnienie.

W opinii Zamawiającego czynności tego rodzaju nie sposób uznać za zmiatanie

bądź by mogły zostać wykonane wyłącznie poprzez zmiatanie.

Zamawiający wskazał także, że nie miał więc obowiązku występowania o wydanie interpretacji indywidualnej. Ponadto przywołany przez Odwoływającego przepis stanowi o możliwości, a nie obowiązku, a brak skorzystania z tej możliwości nie stanowi żadnego naruszenia przepisów ustawy Pzp. Zamawiający podniósł, że to na Wykonawcy spoczywa ciężar wykazania prawidłowości zastosowanej stawki 8% podatku VAT.

W odniesieniu do możliwości uzyskania interpretacji indywidualnej Zamawiający wskazał, że to Odwoływający, jeśli zamierzał zastosować obniżoną stawkę podatku VAT, mógł uzyskać stosowną interpretację i przedstawić ją Zamawiającemu na poparcie swojego stanowiska - tego rodzaju dowodu Zamawiający nie otrzymał ani na etapie wyjaśnień, ani obecnie na etapie odwołania.

Zamawiający zakwestionował także twierdzenia Odwoływającego dotyczące innego zamówienia - Zamawiający wskazał, że prowadzi postępowanie zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a zdarzenia historyczne nie mogą mieć żadnego przesądającego znaczenia dla przedmiotowego postępowania, w którym Zamawiający oceniał prawidłowość zastosowania obniżonej stawki podatku VAT oraz wyjaśnienia złożone przez Odwoływającego w tym zakresie.

Zamawiający wskazał także, że Odwoływający, który zastosował obniżoną stawkę podatku VAT powinien wykazać prawidłowość zastosowanego kodu PKWiU, tzn. wykazać, że pod pojęciem zmiatanie śmieci oznaczonym kodem PKWiU 81.29.12.0 mieszczą się usługi oczyszczania powierzchni dachu, oczyszczania rynien, sprawdzania odpływów (rur spustowych) i ich udrożnienie (pkt II.4.3 OPZ). W ocenie Zamawiającego Odwoływający nie złożył na tę okoliczność żadnych rzeczowych wyjaśnień.

Zamawiający podniósł, że Odwoływający jako profesjonalista miał możliwość

wystąpienia do Ośrodka Klasyfikacji i Nomenklatur z siedzibą w Łodzi z wnioskiem dotyczącym zaklasyfikowania ww. usługi pod kod PKWiU 81.29.12.0 i uzyskać interpretację w ramach tzw. wiążącej informacji stawkowej (WIS) dla potrzeb podatku od towarów i usług. Zamawiający wskazał, że takiego dowodu Odwołujący nie przedłożył ani na etapie wyjaśnień, ani na etapie postępowania odwoławczego.

Następnie Zamawiający dostrzegł, że musiałby w istocie domniemywać, iż usługi objęte Tabelą 17 Formularza cenowego objęte są kodem PKWiU wskazanym przez Odwołującego, tj. kodem 81.29.12.0 - Usługi zamywania śmieci i usuwania śniegu, w szczególności Zamawiający musiałby domniemywać, że pod pojęciem zamywania śmieci mieszczą się usługi oczyszczania powierzchni dachu, oczyszczania rynien, sprawdzania odpływów (rur spustowych) i ich udrożnienie.

W ocenie Zamawiającego takie domniemanie pozostawałoby w sprzeczności z wyrażanym w orzecznictwie zakazem rozszerzającej wykładni podstaw do stosowania preferencyjnej stawki podatku VAT. Takie działania byłoby też niezgodne z art. 16 ustawy Pzp, w szczególności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż stanowiłoby faworyzowanie Odwołującego kosztem wykonawcy Centrum-Usługa, który w złożonych wyjaśnieniach trafnie wskazał, że „nigdzie w symbolach PKWiU nie została jasno określona usługa czyszczenia dachów”, a co za tym idzie należało tutaj zastosować stawkę podatku VAT właściwą dla kodu PKWiU 81.29.19.0 - Pozostałe usługi sprzątnia i czyszczenia, gdzie indziej niesklasyfikowane, a więc stawkę 23% (art. 41 ust. 1 ustawy o VAT).

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Ponadto Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z rozdziałem II.4 Opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 2.2 do SWZ Zamawiający określił następujący zakres usługi obejmującej odśnieżanie dachów obiektów budowlanych oraz usuwanie liści i innych zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych na bocznicę kolejowej położonej przy ul. Potrzebnej 54 w Warszawie:

II.4 Odśnieżanie dachów obiektów budowlanych oraz usuwanie liści i innych zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych na bocznicę kolejowej położonej przy ul. Potrzebnej 54 w

Warszawie.

11.4.1 Usługa obejmuje:

1. odśnieżanie, usuwanie oblodzeń oraz sopli z dachów obiektów budowlanych położonych na boczniczy kolejowej przy ul. Potrzebnej 54 w Warszawie oraz usunięcia śniegu ze stref zrzutu do miejsca jego przymowania wyznaczonego przez Zamawiającego;

2. usuwanie liści i innych zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych położonych na boczniczy kolejowej przy ul. Potrzebnej 54 w Warszawie oraz ich wywóz poza teren boczniczy w miejsce zapewnione przez Wykonawcę. Obiekty budowlane objęte usługą wyszczególniono w tabelach poniżej. Na dachach obiektów budowlanych nie znajdują się asekuranty.

11.4.2 Odśnieżanie dachów obiektów budowlanych przy ul. Potrzebnej 54 w Warszawie
Zakres prac:

- oczyszczenie powierzchni dachu i rynien,
- sprawdzenie odpływów (rur spustowych) i ich udrożnienie,
- przymowanie śniegu z oczyszczonych powierzchni w miejscu wskazanym przez Zamawiającego na terenie boczniczy kolejowej.

Odśnieżanie wykonywane będzie w razie zaistnienia takiej potrzeby. W takiej sytuacji Zamawiający będzie informować wykonawcę o konieczności jego wykonania. Maksymalny czas reakcji Wykonawcy za zlecenie Zamawiającego wynosi 8 (osiem) godzin od chwili otrzymania zlecenia przez Wykonawcę, chyba, że Zamawiający w zgłoszeniu wskaże dłuższy okres. Podczas opadów śniegu zakryciu mogą ulec instalacje odgromowe oraz spojenia membrany. Zamawiający uwzględni tylko ręczne odśnieżanie. Dopuszcza się również użycie środków chemicznych w celu usuwania i zapobiegania tworzenia oblodzeń. Częstotliwość wykonywania odśnieżania: Zamawiający zakłada jednokrotne wykonanie usługi w ciągu roku.

11.4.3 Usuwanie zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych przy ul. Potrzebnej 54 w Warszawie

Zakres prac:

- oczyszczenie powierzchni dachu i rynien,
- sprawdzenie odpływów (rur spustowych) i ich udrożnienie,
- zgrabienie przy obiektach nieczystości z oczyszczonych powierzchni i złożenie ich w miejscu wskazanym przez Zamawiającego na terenie boczniczy kolejowej, a następnie ich wywiezienie w miejsce składowania odpadów poza teren boczniczy, które to miejsce zapewni

Wykonawca.

Wykaz powierzchni dachów obiektów budowlanych w zakresie usuwania liści i innych zanieczyszczeń w kolejności realizacji usługi. Usuwanie zanieczyszczeń wykonywane będzie w razie zaistnienia potrzeby. W takiej sytuacji Zamawiający będzie informować wykonawcę o konieczności ich wykonania. Maksymalny czas reakcji Wykonawcy za zlecenie Zamawiającego wynosi nie więcej niż 2 (dwa) dni robocze od dnia otrzymania zlecenia przez Wykonawcę, chyba, że Zamawiający w zgłoszeniu wskaże dłuższy okres.

Okolicznością bezsporną jest, że Zamawiający nie określił w dokumentach zamówienia stawki podatku VAT dla kwestionowanej usługi mającej za przedmiot usuwanie zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych przy ul. Potrzebnej 54 w Warszawie.

Przedmiotowej usłudze odpowiadała Tabela nr 17 w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 2 do Formularza oferty dotyczącego Zadania nr 2.

Odwołujący w pozycji „podatek VAT .% w PLN” w Tabeli nr 17 w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 2 do Formularza oferty dotyczącego Zadania nr 2 wskazał podatek na poziomie 8%.

Pismem z dnia 26 kwietnia 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do podania podstaw zastosowania stawki 8% podatku VAT przy kalkulacji ceny w Tabeli nr 17 w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 2 do Formularza oferty dotyczącego Zadania

nr 2.

Odwolujący pismem z dnia 27 kwietnia 2022 r. wskazał, co następuje:

„Mając na uwadze powyższe Konsorcjum wskazuje: Przedmiotem zamówienia zgodnie z załącznikiem nr 2.2. do Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) jest usługa utrzymania czystości mienia przedsiębiorstwa Szybka Kolej Miejska sp. z o.o. (SKM), składająca się z zadania: • Utrzymanie w czystości obiektów oraz terenów zielonych na terenie Bocznic Kolejowej Warszawa-Wola przy ul. Potrzebnej 54 w Warszawie, w tym odśnieżanie i oczyszczanie dachów obiektów. • W prawie opcji: świadczenie Usługi czyszczenia zaplecza kontenerowego składającego się z 24 kontenerów, planowanych do budowy w IV kwartale 2022 roku Wspomniany Załącznik nr 2.2. do SWZ w szczególności wskazuje, że zakresem zamówienia objęte jest m.in. usuwanie zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych przy ul. Potrzebnej 54 w Warszawie (patrz. pkt II.4.3 ww. Załącznika). Zakres prac zgodnie z ww. punktem Załącznika obejmuje: • oczyszczenie powierzchni dachu i rynien, • sprawdzenie odpływów (rur spustowych) i ich udrożnienie, • zgrabienie przy obiektach nieczystości z oczyszczonych powierzchni i złożenie ich w miejscu wskazanym przez Zamawiającego na terenie bocznic kolejowej, a następnie ich wywiezienie w miejsce składowania odpadów poza teren bocznic, które to miejsce zapewni Wykonawca. Pierwszym etapem ustalenia prawidłowej stawki VAT jest określenie przedmiotu sprzedaży.

W przypadku większej ilości realizowanych świadczeń kluczowa jest ocena czy należy je rozpatrywać odrębnie, jako świadczenia samodzielne (niezależne od innych świadczeń) czy też łącznie jako tzw. usługi kompleksowe. Na gruncie podatku VAT co do zasady wszelkie usługi podlegają odrębnemu opodatkowaniu właściwą dla nich stawką VAT. Wyjątkiem w tym zakresie są tzw. usługi kompleksowe (jednolite), które mają miejsce w przypadku, gdy dwie lub więcej czynności dokonane przez wykonawcę (świadczącego usługi) są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie jedno świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter nienaturalny (por. wyrok TSUE z 22 października 2009 r. w sprawie C-242/08, wyrok TSUE z 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04). Konsorcjum uważa, że świadczenia dla czynności związanych z usuwaniem zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych przy ul. Potrzebnej 54 w Warszawie, tworzą usługę odrębną od innych świadczeń związanych z przedmiotem zamówienia. Nie można bowiem zauważyć ścisłego związku czynności w ramach świadczeń związanych z usuwaniem zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych przy ul. Potrzebnej 54 w Warszawie z innymi czynnościami z zamówienia, w tym np. czynnościami świadczonymi wewnątrz obiektów budowlanych dla opodatkowania, których Konsorcjum zamierza zastosować 23% stawkę VAT. W związku z powyższym Konsorcjum uważa, że świadczenia związane z usuwaniem zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych przy ul. Potrzebnej 54 w Warszawie należy traktować jako usługę odrębną od pozostałych usług realizowanych w ramach zamówienia. Na powyższe w ocenie Konsorcjum wskazuje m.in. Załącznik nr 2.2. do SWZ, gdzie wyraźnie określono, że usuwanie zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych przy ul. Potrzebnej 54 w Warszawie wykonywane będzie w razie zaistnienia potrzeby. Trudno byłoby zatem obiektywnie powiedzieć, że patrząc z punktu widzenia nabywcy jest to np. jedna usługa kompleksowa wraz z czynnościami świadczonymi wewnątrz obiektów (opodatkowanymi stawką VAT 23%). Świadczenia dla czynności związanych z usuwaniem zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych przy ul. Potrzebnej 54 w Warszawie należy zatem obiektywnie oceniać jako na tyle funkcjonalnie odrębne i użyteczne dla klienta, że mogą stanowić odrębną usługę. Trudno byłoby bowiem również twierdzić w analizowanym stanie faktycznym, że np. brak czynności związanych ze świadczeniami dot. usuwania zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych, czyni bezużytecznym lub niekompletnym inne usługi w ramach zamówienia. Na marginesie w ocenie Konsorcjum czynności objęte niniejszymi wyjaśnieniami (odnośnie prawidłowości zastosowania stawki 8%), są również na tyle odrębne (funkcjonalnie i z punktu widzenia użyteczności dla nabywcy), że mogłyby być hipotetycznie również przedmiotem całkowicie odrębnego zamówienia publicznego, bez żadnego uszczerbku dla wykonania innych świadczeń aktualnie wymienionych w Załączniku nr 2.2. do SWZ. Na prawidłowość dokonanej przez Konsorcjum wyodrębnienia wskazuje również m.in. konieczność wyodrębnienia kalkulacji ceny wykonania usługi dot. usuwania zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych przy ul. Potrzebnej 54 w Warszawie w Załączniku nr 2 do Formularza oferty - dot. Zadania 2. Można tym samym uznać, że określona w ww. załączniku wartość (koszt) świadczeń dla czynności świadczonych w ramach tej usługi jest patrząc z ekonomicznego punktu widzenia istotna w stosunku do innych świadczeń z zamówienia. Trudno byłoby więc w tym przypadku obiektywnie twierdzić, że świadczenia dot. usuwania zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych są to jedynie świadczenia poboczne, w stosunku do innych świadczeń (część jednej usługi kompleksowej). Mając na uwadze wszystkie przytoczone powyżej argumenty, usługę dot. usuwania zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych przy ul. Potrzebnej 54 w

Warszawie, należy uznać za usługę odrębną od innych usług objętych zamówieniem, a w konsekwencji do jej opodatkowania należy zastosować stawkę VAT 8%.

Uzasadnienie prawne dla zastosowania stawki VAT 8% dla czynności związanych ze świadczeniami dot. usuwania zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych przy ul. Potrzebnej 54 w Warszawie poniżej. Zgodnie z przepisem art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług¹ (dalej: ustawa) stawka podatku wynosi 22%, z zastrzeżeniem ust. 2-12c, art. 83, art. 119 ust. 7, art. 120 ust. 2 i 3, art. 122 i art. 129 ust. 1. Zgodnie z art. 146aa ust. 1 pkt 1 ustawy w okresie od dnia 1 stycznia 2019 r. do końca roku następującego po roku, dla którego wartość relacji, o której mowa w art. 38a pkt 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, jest nie większa niż 43% oraz wartość, o której mowa w art. 112aa ust. 5 tej ustawy, jest nie mniejsza niż -6%, stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 1 i 13, art. 109 ust. 2, art. 110 i art. 138i ust. 4. wynosi 23%: Powyższe przepisy wskazują, że stawka 23% VAT jest stawką podstawową i ma zastosowanie do dostawy wszystkich towarów i usług, z wyłączeniem takich dla których ustawodawca wprost przewidział stawkę obniżoną bądź zwolnienie. Zgodnie z przepisem art. 41 ust. 2 ustawy dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, innych niż klasyfikowane według Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług w grupowaniu usługi związane z wyżywieniem (PKWiU 56), stawka podatku wynosi 7%, z zastrzeżeniem art. 114 ust. 1 i art. 138i ust. 4. W myśl art. 146aa ust. 1 pkt 2 ustawy stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 2, art. 120 ust. 2 i 3 oraz tytule załącznika nr 3 do ustawy, wynosi 8%; Prawidłowe określenie stawki VAT dla danego towaru lub usługi spoczywa na ich dostawcy. Uwzględniając powyższe usługę dot. usuwania zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych podlega opodatkowaniu obniżoną stawką 8% na podstawie: poz. 50 załącznika nr 3 do ustawy - Usługi zmiatania śmieci i usuwania śniegu (PKWiU 81.29.12.0)."

Zamawiający pismem z dnia 12 maja 2022 r. poinformował o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego. W treści pisma Zamawiający wskazał, że Odwołujący w formularzu cenowym dla Zadania nr 2 w Tabeli nr 17 „Usuwanie zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych przy ul. Potrzebnej 54 w Warszawie - kalkulacja ceny wykonania usługi” zastosował stawkę 8% podatku VAT. Zamawiający zgodził się z argumentacją Odwołującego w zakresie tego, że usługa polegająca na usuwaniu zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych przy ul. Potrzebnej 54 w Warszawie stanowi usługę odrębną od innych świadczeń objętych przedmiotem zamówienia, jednak Zamawiający nie znalazł podstaw, by zakwalifikować tę usługę do „usług zmiatania śmieci i usuwania śniegu” oznaczonych kodem PKWiU 81.29.12.0. Zamawiający zakwestionował prawidłowość klasyfikacji usługi usuwania zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych do kategorii PKWiU oznaczonej numerem 81.29.12.0. W ocenie Zamawiającego, skoro w symbolach PKWiU dotyczących preferencyjnej stawki podatku VAT (załącznik nr 3 do ustawy o podatku VAT) nie została wprost wskazana usługa usuwania zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych, to usługę tę należało zakwalifikować do kategorii PKWiU oznaczonej numerem 81.29.19.0 - dotyczącej pozostałych usług w zakresie sprzątnięcia i czyszczenia nigdzie indziej niesklasyfikowanych, co skutkowało by zastosowaniem stawki podatku VAT na poziomie 23%. W konsekwencji Zamawiający stwierdził, że oferta złożona przez Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Zgodnie z poglądem doktryny, „Błędem w obliczeniu ceny będzie nieprawidłowe określenie przez wykonawcę stawki VAT. Stawka podatku VAT jest bowiem elementem cenotwórczym. Do błędu w obliczeniu ceny dotyczącym stawki podatku VAT dojdzie w sytuacji, gdy wykonawca przyjmie w ofercie stawkę nieprawidłową w okolicznościach, gdy zamawiający nie określi w dokumentach zamówienia prawidłowej stawki podatku VAT (.).”.

Izba uznała, że w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy Odwołujący, który zastosował preferencyjną stawkę podatku VAT na poziomie 8% w zakresie usługi mającej za przedmiot usuwanie zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych przy ul. Potrzebnej 54 w Warszawie (stawka wskazana w tabeli nr 17 Formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 2 do oferty dotyczącego Zadania nr 2) nie wykazał, by zastosowana przez niego stawka była prawidłowa.

Izba zwróciła uwagę, że Odwołujący słusznie wskazał, iż kluczowym dla ustalenia

prawidłowej stawki podatku VAT jest „określenie przedmiotu sprzedaży”. Izba jednak stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, by dokonał prawidłowej klasyfikacji kwestionowanej usługi w ramach Polskiej Klasyfikacji Wyróbów i Usług (PKWiU), a tym samym brak jest podstaw do uznania, że zastosowana przez niego stawka podatku VAT dostosowana do przyjętej przez Odwołującego klasyfikacji PKWiU jest prawidłowa.

Izba ustaliła, że podstawą opodatkowania stanowiącego przedmiot wniesionego odwołania jest kwota odpowiadająca usłudze mającej za przedmiot usuwanie zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych - punkt II.4.3 Opisu Przedmiotu Zamówienia stanowiącego załącznik nr 2.2 do SWZ. W zakres ww. usługi wchodzi takie prace, jak:

- oczyszczenie powierzchni dachu i rynien;
- sprawdzenie odpływów (rur spustowych) i ich udrożnienie;
- zgrabienie przy obiektach nieczystości z oczyszczonych powierzchni i złożenie ich w miejscu wskazanym przez Zamawiającego na terenie bocznic kolejowej, a następnie ich wywiezienie w miejsce składowania odpadów poza teren bocznic, które to miejsce zapewni Wykonawca.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, by prawidłowo zakwalifikował usługę dotyczącą usuwania zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych przy ul. Potrzebnej 54 w Warszawie (usługę wskazaną i opisaną w punkcie II.4.3 OPZ stanowiącego załącznik nr 2.2 do SWZ) do pozycji PKWiU oznaczonej nazwą Usługi zmiatania śmieci i usuwania śniegu. Izba wzięła pod uwagę, że nie zostało udowodnione, by zakres przedmiotowy przyjętej przez Odwołującego do ustalenia stawki podatku VAT klasyfikacji PKWiU oznaczonej numerem 81.29.12.0 o nazwie Usługi zmiatania śmieci i usuwania śniegu pokrywał się z zakresem kwestionowanej usługi polegającej na usuwaniu zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych przy ul. Potrzebnej 54 w Warszawie.

Izba uznała, że kwestionowana usługa, co wprost wynika z treści punktu II.4.3 OPZ, obejmuje takie prace, jak: oczyszczanie powierzchni dachu i rynien, sprawdzanie odpływów (rur spustowych) i ich udrożnienie, zgrabienie nieczystości, złożenie ich we wskazanym miejscu i wywiezienie. W ocenie Izby tego rodzaju czynności wykraczają poza zakres przedmiotowy klasyfikacji PKWiU oznaczonej numerem 81.29.12.0 - usług zmiatania śmieci i usuwania śniegu. Izba nie uznała za wiarygodną argumentacji przedstawionej przez Odwołującego sprowadzającej się do twierdzenia, że usuwanie zanieczyszczeń, o których mowa w punkcie II.4.3 OPZ może odbywać się poprzez ich zmiatanie, co w ocenie Odwołującego miałoby potwierdzać prawidłowość zastosowanej przez niego stawki podatku VAT na poziomie 8%. Odwołujący w sposób błędny i nieznajdujący uzasadnienia w dokumentacji postępowania utożsamia usługę usuwania zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych, o której mowa w punkcie II.4.3 OPZ z usługą zmiatania śmieci i usuwania śniegu. Odwołujący pomija przy tym fakt, że usługa usuwania zanieczyszczeń z dachów obiektów budowlanych nie może ograniczać się jedynie do ich zmiatania w sytuacji, gdy w jej zakres wchodzi takie czynności, jak choćby oczyszczanie rynien, sprawdzanie odpływów (rur spustowych) i ich udrożnianie.

Izba zwróciła jednocześnie uwagę na fakt, że Odwołujący nie wykazał, by usługa ta miała charakter usługi kompleksowej, której głównym elementem jest czynność polegająca na zmiataniu, co w ocenie Odwołującego miałoby prowadzić do zastosowania stawki podatku VAT na poziomie 8%. Odwołujący w tym zakresie ograniczył się do przedstawienia swojego ogólnego i niepopartego żadnymi dowodami twierdzenia o kompleksowym charakterze przedmiotowej usługi.

W odniesieniu do przywołanego przez Odwołującego Precedensu nr 1 z dnia 17 marca 2016 r. wydanego do symbolu PKWiU oznaczonego numerem 81.29.12.0, Izba uznała, że należy wyciągnąć z niego wnioski odmienne od wniosków przedstawionych przez Odwołującego. Odwołujący twierdzi, że ww. precedens, w którego zakres włączono usługi polegające na sprzątanii zanieczyszczeń (ptasich odchodów) oraz usuwaniu śniegu w okresie zimowym - z dachu budynku powoduje, że zakres grupowania PKWiU oznaczonego symbolem 81.29.12.0 należy rozumieć szerzej niż literalnie wskazane w nim zmiatanie śmieci i usuwanie śniegu. Tymczasem w ocenie Izby przywołany przez Odwołującego precedens istotnie należy uznać za rozszerzenie grupowania PKWiU o numerze 81.29.12.0, jednak wyłącznie do usługi określonej precedensem - zatem do sprzątanii zanieczyszczeń (ptasich odchodów) oraz usuwania śniegu w okresie zimowym - z dachu budynku. W tym miejscu dostrzeżenia wymaga, że ww. precedens istotnie pozwala na wprowadzenie do grupowania PKWiU 81.29.12.0 usługi polegającej na sprzątanii zanieczyszczeń, jednak mając na uwadze literalnie brzmienie precedensu należy uznać, że zanieczyszczenia zostały w nim sprowadzone wyłącznie do kategorii ptasich odchodów. Tym samym zakres ww. precedensu nie powoduje, by można było uznać, że do zakresu grupowania PKWiU oznaczonego numerem

81.29.12.0 wchodzi takie usługi, jak np. sprawdzenie odpływów (rur spustowych) i ich udrożnienie objęte usługą mającą za przedmiot usuwanie zanieczyszczeń (definiowanych przez Zamawiającego jako liście i inne zanieczyszczenia) z dachów obiektów budowlanych przy ul. Potrzebnej 54 w Warszawie (punkt II.4.3 OPZ).

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że nie zostało wykazane, by zakres grupowania PKWiU oznaczonego numerem 81.29.12.0 wskazany przez Odwołującego jako uprawniający go do zastosowania stawki podatku VAT na poziomie 8% w tabeli nr 17 formularza cenowego w zakresie zadania nr 2, jak również zakres precedensu nr 1 do PKWiU 81.29.12.0 z dnia 17 marca 2016 r., na który powołał się Odwołujący, pozwalała na zakwalifikowanie kwestionowanej usługi do grupy PKWiU oznaczonej numerem 81.29.12.0 uprawniającej do zastosowania stawki podatku VAT na poziomie 8%. Tym samym Odwołujący nie wykazał, by złożona przez niego oferta nie zawierała błędu w obliczeniu ceny stanowiącego podstawę do jej odrzucenia.

Dodatkowo Izba wzięła pod uwagę, że słuszność zastosowania preferencyjnej stawki podatku VAT stanowiącej wyjątek od zasady stosowania stawki podatku VAT podstawowej, musi zostać jednoznacznie wykazana, co w przedmiotowej sprawie nie nastąpiło - i nie podlega wykładni rozszerzającej.

W odniesieniu do dowodów oraz argumentacji Odwołującego sprowadzającej się do przywołania faktu, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonym przez Zamawiającego w 2021 r. Zamawiający zaakceptował stawkę podatku VAT dla kwestionowanej usługi na poziomie 8%, wskazać należy, że powyższa okoliczność pozostaje bez wpływu dla oceny dokonywanej na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego objętego przedmiotowym postępowaniem odwoławczym. Izba badała bowiem w tym przypadku słuszność twierdzeń Odwołującego przez pryzmat dokumentacji oraz argumentacji dotyczącej konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego będącego przedmiotem odwołania. Tymczasem argumentacja przywołana przez Odwołującego jest niewystarczająca do skutecznego wykazania podniesionych w odwołaniu zarzutów. Jednocześnie Izba przypomina, że ciężar przedstawienia dowodu służącego wykazaniu podniesionych zarzutów spoczywa na Odwołującym, który jest podmiotem inicjującym postępowanie odwoławcze poprzez wniesienie odwołania.

Wobec braku odrębności zarzutu naruszenia przepisu art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, należało uznać, że Zamawiający swoim działaniem nie naruszył zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w kwestionowanym w odwołaniu zakresie.

Z kolei za bezprzedmiotowy Izba uznała zarzut naruszenia przepisu art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, że oferta złożona przez Odwołującego jako prawidłowo odrzucona z uwagi na błąd w obliczeniu ceny nie podlegała ocenie w ramach kryteriów

oceny ofert.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:

