

WYROK

z dnia 4 sierpnia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu w dniach 24 czerwca 2022r. i 1 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 czerwca 2022 r. przez odwołującego Przedsiębiorstwo Handlowo-Produkcyjno-Uslugowe „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-Uslugowe „Zagroda” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzyżowie z dnia 3 czerwca 2022r. i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności 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 poniesioną przez odwołującego

2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Świlcza na rzecz odwołującego Przedsiębiorstwo Handlowo-Produkcyjno-Uslugowe „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:

Uzasadnienie

Złożone odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Świlcza”

Postępowaniu nadano numer referencyjny: RGI.271.17.2021

Zamówienie ogłoszono w Dz. Urz. U.E.: 2021/S 143-380482 z 2021-07-27

Data czynności wobec której wnoszone jest odwołanie: 2022.06.03. (informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty dla części nr 2 tj. Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych miejscowości: Świlcza, Trzciana, Woliczka, Dąbrowa, Błędowa Zgłobieńska — część południowa.

Odwołanie wniesiono przywołując art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), dalej jako: „PZP”) od niezgodnych z przepisami czynności oraz zaniechań zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o których odwołujący się powziął wiadomość w związku z publikacją w dniu 3 czerwca 2022 r.:

1) informacji zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty dla części nr 2 tj. Odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych miejscowości: Świlcza, Trzciana, Woliczka, Dąbrowa, Błędowa Zgłobieńska — część południowa,

2) informacji o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego.

Czynnościom oraz zaniechaniom Zamawiającego zarzucono:

1. naruszenie art. 220 i 252 PZP poprzez wybór oferty przystępującego po stronie zamawiającego mimo upływu terminu związania ofertą;

2. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10) PZP poprzez niezasadne odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego z uwagi na rzekome nieprawidłowości rachunkowe w ofercie, na podstawie dokumentu, który nie jest wiążący w przedmiotowym postępowaniu i dla odwołującego, na podstawie dokumentu, który został wadliwie wydany,

3. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 5) PZP przez odrzucenie oferty w oparciu o ocenę dokonaną względem treści dokumentu, który nie stanowił dokumentacji zamówienia,

4. naruszenie art. 239 ust. 1 PZP przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego i zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu, przedstawiającej najkorzystniejszy bilans jakości do ceny;

5. naruszenie art. 253 ust. 1 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,

6. naruszenie art. 223 ust. 2 pkt 2 PZP poprzez zaniechanie przez zamawiającego poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie złożonej przez odwołującego ewentualnie:

7. naruszenie art. 99 ust. 1 w zw. z art. 6 pkt 1 i, 2 PZP, z uwagi na niejednoznaczny, nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia z którego nie wynikało jednoznacznie, jaka stawka VAT powinna być zastosowana do poszczególnych elementów zamówienia, w szczególności sprzedaży worków, które to naruszenie doprowadziło do powstania wady postępowania w postaci nieporównywalności złożonych ofert, a w konsekwencji nieważność postępowania na podstawie art. 225 pkt 6 PZP.

Odwołujący złożył następujące żądania

W związku z powyższymi naruszeniami odwołujący wniósł o:

1) unieważnienie czynności zamawiającego z dnia 3 czerwca 2022 r. polegającej na:

a. wyborze oferty przystępującego

b. odrzuceniu oferty odwołującego,

2) powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;

- a w przypadku, gdyby Izba uznała, że brak jest możliwości wyboru oferty odwołującego z powodu zastosowania nieadekwatnej stawki VAT,

3) odwołujący wniósł o unieważnienie postępowania w sprawie zamówienia publicznego z powodu nieusuwalnej wady, obejmującej niejednoznaczne sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia, dającego pole do różnej interpretacji zakresu zobowiązań wykonawcy powiązanych z wykonywaniem umowy i powodującego brakiem w postępowaniu jasnych reguł obliczenia ceny,

4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania.

Odwołujący przywołał interes w uzyskaniu zamówienia, a tym samym prawo do złożenia odwołania.

Odwołujący prowadzi działalność gospodarczą m. in. w zakresie odbioru odpadów komunalnych na terenie województwa podkarpackiego (dowód KRS odwołującego). Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu ocenioną jako najkorzystniejszą wg kryteriów oceny ofert i w jego interesie jest wyeliminowanie czynności zamawiającego dot. odrzucenia złożonej przez niego oferty oraz czynności nieprawidłowego wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego, co umożliwi mu dalsze konkurowanie o przedmiotowe zamówienie. W interesie odwołującego jest zapewnienie wyboru wykonawcy w przejrzystym, jawnym postępowaniu w.s. zamówienia publicznego. Oferta jego jest obiektywnie najkorzystniejszą ofertą mając na uwadze stosunek jakości do ceny, a także kwalifikacje podmiotowe wykonawcy, które dają gwarancje należytego wykonania usługi.

Co do terminu wniesienia odwołania.

Zamawiający w dniu 3 czerwca 2022 r. zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty — tj. oferty złożonej przez przystępującego oraz odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego. Tym samym termin na wniesienie odwołania upływa 13 czerwca 2022 r.

Odwołujący przedstawił zwięzły opis zarzutów i ich uzasadnienie w świetle stanu faktycznego i prawnego jak poniżej.

Co do stanu faktycznego - przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia.

1. W postępowaniu na odbiór i zagospodarowanie odpadów z terenu nieruchomości zamieszkałych na terenie zamawiającego, w części 2 zamówienia zostały złożone trzy oferty. W jednej z pozycji — miesięczny ryczałt dot. dostawy worków, odwołujący przypisał stawkę podatku VAT 23%, natomiast dwóch pozostałych wykonawców stawkę 8%.

Zamawiający dokonał następujących czynności:

1) wybrał ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą dla części II zamówienia (żaden z wykonawców nie złożył odwołania w sprawie);

2) unieważnił wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej dla części II zamówienia,

3) wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień do oferty,

4) odrzucił ofertę odwołującego z powodu wadliwej stawki VAT w zakresie dostawy worków

5) wybrał ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą dla części II zamówienia.

Przed Krajową Izbą Odwoławczą toczyło się już postępowanie odwoławcze pod Sygn. akt

KIO 3759121

Odwołujący zaskarżył wybór oferty przystępującego i odrzucenie oferty odwołującego. Podniósł następujące zarzuty:

1) nieprawidłowe odrzucenie oferty odwołującego z powodu rzekomo wadliwej stawki VAT wskazanej w ofercie;

2) nieprawidłowe uzasadnienie decyzji zamawiającego w przedmiocie odrzucenia ofert, ewentualnie;

3) w przypadku stwierdzenia przez Izbę, że odwołujący wskazał nieprawidłową stawkę VAT w ofercie- zaniechanie unieważnienia postępowania z powodu jego wad prowadzących do nieporównywalności ofert (nadanie różnej interpretacji SWZ).

2. W dniu 11 stycznia 2022 r. KIO wydała Wyrok KIO 3759/21, zgodnie z którym:

- 1) stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 266 ust. 1 pkt. 10 i art. 239 ust. 1 ustawy PZP poprzez „niezasadne odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na przyjęcie, że określił nieprawidłową stawkę VAT
- 2) stwierdziła naruszenie art. 253 ust. 1 pkt. 2) ustawy PZP wskazując, że zamawiający błędnie uzasadnił odrzucenie oferty odwołującego (nie był w stanie wykazać, że interpretacja OPZ zmierza do zastosowania jednolitej stawki VAT),
- 3) zarzutu nieważności postępowania KIO nie rozpatrywała, „z uwagi na fakt, że zostały podniesione jako zarzuty ewentualne, na wypadek stwierdzenia przez Izbę, że przyjęta przez zamawiającego interpretacja przepisów o VAT jest prawidłowa”.

3. Izba nakazała zamawiającemu dokonanie następujących czynności:

- a) Unieważnienia wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- b) Unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego z powodu niewłaściwej stawki VAT na worki,
- c) Ponowienia oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Od wyroku KIO 3759/21 żadna ze stron (ani przystępujący) nie wnieśli skargi do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Dalej odwołujący w odwołaniu opisał aktualną czynność zamawiającego, której postawił w niniejszym odwołaniu zarzuty.

4. W dniu 3 czerwca 2022 r. zamawiający poinformował o ponownej ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający ponownie odrzucił ofertę odwołującego, jako zawierającą niewłaściwy VAT na worki.

5. Zamawiający związany jest wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej i zobowiązany jest do wykonania Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. Należy wskazać, że w przedmiotowej sprawie Izba już badała, czy rzeczywiście stawkę VAT zastosowaną przez odwołującego można uznać za nieprawidłową. Na rozprawie przez odwołującego została szeroko przedstawiona interpretacja SWZ oraz dowody dotyczące możliwej rozdzielnosci świadczeń objętych zamówieniem, co pozwoliło na uznanie, że zamawiający nie miał argumentów aby przyjąć, że stawka podatku VAT zastosowana przez odwołującego była nieprawidłowa.

6. Odwołujący przywołał Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie, w sprawie Sygn. akt XXIII Zs 96/21- w której sąd ocenił sprzedaż worków razem ze świadczeniem usługi odbioru odpadów w której stwierdził, że „Nie trudno jednak wyobrazić sobie sytuacji, w której świadczenie usługi wskazanej w zamówieniu tj. odbioru nieczystości od mieszkańców gminy, nie będzie związane z dostarczaniem mieszkańcom odpowiednich worków na nieczystości. Świadczenia te nie są ze sobą na tyle związane, aby tworzyły obiektywnie jedno świadczenie z ekonomicznego i gospodarczego punktu widzenia”.

7. W uzasadnieniu Wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wskazała na następujące kwestie:

1) „w przedmiotowej sprawie Zamawiający zdecydował się odrzucić ofertę Odwołującego, nie będąc w stanie jednocześnie przedstawić konkretnej, merytorycznej argumentacji, dlaczego na kanwie opisu SWZ należało przyjąć jednolitą stawkę podatku VAT w poz. 6 tabeli formularza cenowego- stawkę preferencyjną, niższą niż stawka określona w art. 41 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług”
(Np. Dokumenty potwierdzające występowanie w gminach systemu workowego, w których właściciele nieruchomości sami zaopatrują się w worki.)

2) Zamawiający nie wyjaśnił dlaczego w jego ocenie dostawa worków i odbiór/zagospodarowanie odpadów stanowią nierozłączną całość i jedno świadczenie z ekonomicznego i gospodarczego punktu widzenia,

- w konstatacji Izba orzekła, że „Odwołanie podlega uwzględnieniu i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 2 Zamówienia oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazała powtórzenie

badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego”.

8. Należy wskazać, że KIO ustalając, hipotetycznie, że czynność Zamawiającego dokonana jest należycie, a jedynie uzasadnienie czynności zawiera pewne braki, oddaliłaby odwołanie objęte sygnaturą z powodu brak wpływu uchybień na wynik. KIO bowiem poszukiwało również na rozprawie uzupełniającej argumentacji zamawiającego co do stosowania VAT.

9. Jak wynika z uzasadnienia czynności zamawiającego z dnia 3.06.2022 r. zamawiający zwrócił się o interpretację przepisów o VAT do organów administracji publicznej, przedstawiając kierunkowy, jednostronny, według własnej oceny stan sprawy. W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego zamawiający powołuje się na okoliczność, że w dniu 17 maja 2022 r. zamawiający uzyskał wiążącą informację skarbową (WIS) 0112-KDSL2-1.440.46.2022.2.SS, która wg oceny zamawiającego potwierdza prawidłowość zastosowania stawki jednolitej stawki VAT w przedmiotowym postępowaniu. Należy wskazać, że dokument ten ma wątpliwą moc prawną z poniższych przyczyn:

10. Interpretacja dot. bardzo niejednoznacznego uregulowania i stosowania uprzywilejowania, wyjątku od reguły (stawka preferencyjna obniżająca należność podatkową). Treść odpowiedzi jest organu skarbowego skorelowana z treścią pytania i sposobem jego zadania. Jak wskazała Izba w Wyroku z dnia 11 stycznia 2022 r. KIO 3759121 (tj. w niniejszej sprawie), w przedmiocie zastosowania stawki VAT na sprzedaż worków równoległe do usługi odbioru do odbierania odpadów komunalnych „wydawane są w tym przedmiocie także różne indywidualne interpretacje podatkowe, zależne od stanu faktycznego konkretnego przypadku (w tym często od przedstawionego we wniosku opisu).” Izba orzekając w niniejszej sprawie miała zatem świadomość, że kwestia interpretacji przepisów podatkowych nie jest jednoznacznie oczywista, a także, że mogą istnieć odmienne stanowiska co do przedmiotu objętego zapytaniem (w zależności od sposobu przedstawienia takiego zapytania do Izby Skarbowej), nawet dotyczącego tego samego stanu faktycznego. W związku z tym ewentualna interpretacja podatkowa wydana na rzecz

Zamawiającego dot. zastosowanych w postępowaniu stawek VAT nie stanowi przesądającego dowodu w sprawie.

11. Interpretacja WIS z dnia 17 maja 2022 r., zgodnie z art. 46b ustawy o podatku od towarów i usług wiąże podmiot, na rzecz którego została wydana. Nie jest nim odwołujący (wykonawca), który jest podatnikiem podatku VAT. Wykonawca jest obciążony należnym pobraniem i rozliczeniem podatku, przy tym celowym jest minimalizacja ryzyk z tym związanych. Ryzyka związane z nieprawidłowym rozliczaniem VAT mogą skutkować wobec odwołującego (a nie zamawiającego) m.in.:

- a) uniemożliwieniem ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego,
- b) zajęciem majątku Spółki przez organy skarbowe
- c) obowiązkiem uiszczenia bardzo wysokich odsetek karnoskarbowych,
- d) utratą wpisu rachunku do „białej listy rachunków”,

- w konsekwencji utratą wiarygodności na rynku, utratą kontrahentów, utratą możliwości prowadzenia działalności gospodarczej.

12. Należy wskazać, że nawet tak kazuistyczny model regulacji jak prawo podatkowe siłą rzeczy nie może wprost regulować wszystkich stanów faktycznych. W pewnej sferze konieczna jest interpretacja przepisów przez zobowiązanego- podatnika. Oczywiście, sam ustawodawca dostrzega, że przepisy podatkowe mogą być niejednoznaczne i ich interpretacja może prowadzić do różnego ich stosowania. Podatnik (którym jest odwołujący a nie zamawiający) korzysta wówczas z ochrony prawnej przewidzianej w art. 2a ustawy Ordynacja podatkowa, zgodnie z którym niedające się rozstrzygnąć wątpliwości rozstrzyga się na korzyść podatnika.

13. Zasadą zastosowania interpretacji podatkowych (czy to wydanych na podstawie art. 14 czy na podstawie art. 42 ustawy o VAT), jest ich niedziałanie wstecz. Jak wskazuje orzecznictwo, możliwość wystąpienia przez zamawiającego (jako nie stosującego przepisów ustawy o VAT) aktualizuje się jedynie w związku z obowiązkiem wskazania jednoznacznego sposobu kalkulacji ceny w dokumentach zamówienia. Powyższe zostało wyrażone w sprawie objętej Wyrokiem Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 6 maja 2021 r. I SA/GI 306/21: „z wnioskiem o wydanie WIS może wystąpić również zamawiający w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych, ale wyłącznie w zakresie mającym wpływ na sposób obliczenia ceny w związku z udzielanym zamówieniem publicznym (art. 42b ust. 1 pkt 3 ustawy). Zacytował przepis art. 2 ust. 12 i art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019. 1843, z późn. zm.). Realizując obowiązek z

tego ostatniego przepisu zamawiający, przygotowuje specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ), której istotnym elementem jest opis sposobu obliczania ceny. W związku z powyższym, zdaniem organu, należy przyjąć, że zamawiający, opisując sposób obliczenia ceny w SIWZ, powinien uwzględnić także podatek od towarów i usług. W związku z tym może mieć uzasadnione wątpliwości, czy dostawa zamawianych towarów bądź świadczenie usług podlega opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług, a jeśli tak, to według jakiej stawki. W tym zakresie może skorzystać z prawa do złożenia wniosku o WIS, zgodnie z przepisem z art. 42b ust. 1 pkt 3 w związku z art. 42a ustawy.'

Oznacza to, że jeżeli Zamawiający zamierzał związać wykonawców interpretacją, powinna ona stanowić element dokumentów zamówienia, które nie mogą być uzupełnianie po terminie składania ofert. Na chwilę obecną zamawiający dokonał zatem oceny oferty względem dokumentu, który nie wchodził w zakres dokumentów zamówienia.

14. Brak jest (wobec zakresu orzekania KIO w sprawie KIO 3759/21) możliwości utworzenia na nowo kwestii zastosowania należytej stawki podatku VAT również z tej przyczyny, że jak wskazała Izba „opis przedmiotu zamówienia determinuje okoliczność, jaką stawkę VAT powinni przyjąć wykonawcy kalkulując cenę oferty”. Oznacza to, w sprawie nie wystąpią żadne nowe okoliczności, które mogłyby uzasadniać odmienne niż ustalone Wyrokiem KIO z dnia 11 stycznia 2022 r. rozpoznanie okoliczności, czy stawka VAT w ofercie odwołującego jest prawidłowa. Stawka VAT zdeterminowana jest bowiem przez Opis przedmiotu zamówienia, a ten jest jawny, ostateczny i wiadomy (a także nie była zaskarżony), od momentu jego publikacji przez zamawiającego. Dodatkowo, był również wiadomy Krajowej Izbie Odwoławczej przy orzekaniu.

15. Co więcej, w sprawie nie skorzystano ze środka służącego weryfikacji wyroku KIO, jakim jest skarga do Sądu Okręgowego (art. 579 ustawy PZP). Jak wskazał Sąd Okręgowy Gliwicach, w wyroku sygn. akt: X Ga 132/15 „trzeba wskazać w pierwszej kolejności na to, że Sąd podziela stanowisko Izby w zakresie w jakim wskazała ona na związanie swoim wyrokiem Izby z dnia 19 stycznia 2015 roku i w konsekwencji na związaniu tym wyrokiem również Izby w niniejszej sprawie. Słusznie bowiem tu wywiodła Izba, że w postępowaniu nie wolno kwestionować faktu wykonania czynności nakazanych przez Izbę, a ponadto Sąd podziela stanowisko, że w postępowaniu przed Izbą nie podlegają rozpoznaniu zarzuty w istocie rewizyjne, w stosunku do poprzedniego postępowania. Nie ocenia bowiem Izba prawidłowości swojego poprzedniego wyroku. Tutaj trzeba powtórzyć za Izbą, że we właściwym czasie stronom przysługiwała skarga do Sądu od tego wyroku i skoro z niej nie skorzystali, to na obecnym etapie postępowania Izba jest swoim poprzednim wyrokiem i jego ustaleniami związana.”

16. Odwołujący ponawia stanowisko wyrażone w postępowaniu przed KIO 3759/21, że zastosowanie stawki jednolitej nie jest możliwe, kiedy związek między świadczeniami nie jest konieczny. Wyjątków nie należy interpretować rozszerzająco. Tymczasem możliwy jest odbiór i zagospodarowanie odpadów bez dostawy worków i odwrotnie, możliwa jest dostawa worków bez świadczenia usługi odbioru i transportu odpadów. Połączenie dwóch usług w jednej umowie nie przesądza o możliwości łącznego ich traktowania.

17. Stawka 23% w zakresie sprzedaży worków jest szeroko stosowana w praktyce przez zamawiających i wykonawców umów w zakresie usług odbioru odpadów komunalnych, w tym również była stosowana w umowach między zamawiającym a odwołującym.

18. Dodatkowo stanowisko zamawiającego dot. jednolitej stawki VAT pozostaje w sprzeczności z wzorem formularza ofertowego udostępnionym przez zamawiającego (załącznik nr 2 do SWZ). Bowiem 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.

19. Należy podkreślić, że niezależnie od przyjętej stawki VAT (tj. 8% lub 23%) to oferta złożona przez odwołującego się była najkorzystniejsza. Dotyczy to zaoferowanej ceny, jak również innych aspektów świadczenia usługi, w tym aspektów społecznych (zatrudnianie aż 4 [czterech] osób niepełnosprawnych na podstawie umowy o pracę do realizacji przedmiotu zamówienia).

20. Zgodnie z art. 239 ust. 1 PZP, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. W sprawie powinny mieć zastosowanie przepisy, w których konkurowanie wykonawców ma przebiegać na podstawie jawnych i jasnych reguł. Powinien zostać wyłoniony wykonawca, który wykona umowę rzetelnie i najkorzystniej dla zamawiającego. Zgodnie z dokumentami OPZ zamawiający nie podał stawek VAT w ofercie (zrezygnował z takiej możliwości). Powyższe za skutkowało okolicznością, że przerzucił on obowiązek określenia VAT na wykonawców.

21. Jak stanowi art. 99 ust. 1 PZP, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób

jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zatem 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 one rozstrzygane na korzyść wykonawcy.

22. Tożsame stanowisko zdaje się wynikać z Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/NVE 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.

23. Należy podkreślić, 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. Art. 223 ust. 2 pkt 2 PZP upoważnia zamawiającego do poprawienia w ofercie wykonawcy oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

24. Należy mieć na uwadze, iż „Instytucja poprawiania omyłek przewidziana w komentowanym przepisie 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.” (A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/e1. 2021, aft. 223).

25. W konsekwencji uznania, że wydana na rzecz zamawiającego WIS wiąże odwołującego, dochodziłoby do określenia przez zamawiającego w dokumentach zamówienia wiążącej stawki VAT. Wówczas stosownie do Wyroku Sądu Najwyższego w sprawie III CZP 5211 1 i III CZP 53/11 zachodziłby obowiązek zamawiającego poprawienia oferty wykonawcy. Zdaniem odwołującego, poprawka taka powinna być dopuszczalna nawet gdy SWZ liczbowo nie wskazuje wartości podatku.

26. Na marginesie odwołujący wskazuje, że powyższy Wyrok SN w zakresie w jakim nie dopuszcza poprawki VAT w sytuacji braku jej określenia liczbowo przez zamawiającego poddaje się polemice. Orzeczenie to w sposób nieuprawniony uprzywilejowuje sytuacje, polegające de facto na tym samym błędzie wykonawcy. Orzeczenie pomija również zupełnie okoliczność, że w wartość należnego podatku VAT „tkwi” w Opisie przedmiotu zamówienia, niezależnie od tego, czy jest jednoznacznie wskazana w dokumentach zamówienia czy nie. W związku z tym zastosowana stawka VAT powinna być podlegać poprawie (o ile wykonawca wyrazi na taką poprawę zgodę).

27. Zgodnie z art. 220 ust. 1 PZP Wykonawca jest związany ofertą nie dłużej niż:

1) 90 dni,

2) 120 dni - jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług - 10 000 000 euro

- od dnia upływu terminu składania ofert. Natomiast zgodnie z art. 220 ust. 2 termin związania ofertą może być jednokrotnie przedłużony na czas maksymalnie do 60 dni. Termin ofert upłynął w dniu 27.08.2021 r. Zamawiający zatem w sposób nieskuteczny dokonał wyboru oferty przystępującego, podczas gdy wykonawca ten nie był związany ofertą.

28. Zamawiający w dokumentacji postępowania nie wskazał stawki VAT w zakresie usług realizowanych w ramach zamówienia. Tym samym zamawiający pozostawił swobodę interpretacyjną oraz swobodę dokonywania różnej klasyfikacji usług oraz różnej klasyfikacji podatkowej. Zapisy SWZ oraz wzoru umowy były na tyle nieprecyzyjne i niejednoznaczne, że doprowadziły do złożenia nieporównywalnych ofert. Wynikają one z niejednoznaczności zapisów SWZ, czym zamawiający uchybiła art. 99 ustawy PZP. W konsekwencji zatem, w

przypadku uznania przez Izbę, że oferta odwołującego podlegałaby odrzuceniu, zajdzie nieważność postępowania. Jak stanowi art. 255 pkt 6 PZP, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu. Z całą pewnością do takich wad należy zaliczyć nieporównywalność ofert.

W związku z powyższym odwołujący wnosi jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygając zawisły spór, dokonując ustaleń jak i oceniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie uwzględniła odwołanie.

Zarzuty odwołania sprowadzają się do ustalenia, czy odwołujący miał prawo w przedmiotowej usłudze przewidzieć na dostawę worków do odpadów stawkę vat w wysokości 23 %, a nie w wysokości 8 procent. Na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych przewidziany jest podatek vat 8 %, a na zakup worków na odpady przewidziany jest podatek vat w wysokości 23 procent. Okoliczności, powyższe są bezsporne. Przy czym, jeżeli usługę dostawy worków uzna się za niezbędną do świadczenia usługi głównej to wówczas podatek vat ulega obniżeniu z 23 % do 8 %, czyli do wysokości opodatkowania świadczenia głównego. Przywoływane orzecznictwo krajowe, jak i europejskie w sprawie, daje prawo do obniżenia stawki podatku vat na dostawę worków na odpady z 23% do 8 %, jeżeli świadczenie główne i dostawa worków ma charakter łączny. Ma to miejsce w wypadku, jeżeli usługa ma być świadczona z dostawą worków przez wykonawcę świadczącego usługę odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów. Jak Izba ustaliła, bezspornie w sprawie przedmiotowej, wykonawca świadczący usługę odbioru, transportu, zagospodarowania odpadów komunalnych ma również dostarczyć worki na odpady. Właśnie taką argumentacją posłużył się zamawiający, odrzucając ofertę odwołującego, z powodu zróżnicowanego podatku vat (8% i 23%). Niemniej zamawiający pominął istotną kwestię wynikającą z przepisów podatkowych jak i orzecznictwa, które dopuszcza obniżenie obowiązującej stawki podatku vat do niższej stawki podatku vat usługi głównej, jakim jest okoliczność obiektywna. Dla zamawiającego wystarczającą okolicznością jest objęcie dostawy worków w ramach świadczenia głównego. W ocenie Izby dostawa worków na odpady komunalne nie jest niezbędnym, obiektywnym elementem świadczenia. O tym, że w ramach świadczonej usługi ma być dostawa worków zdecydował zamawiający, w ramach swobodnej decyzji co do zakresu usługi. Również jak podaje odwołujący, wprowadził zamawiający w błąd organ państwowy jakim jest Krajowa Informacja Skarbowa, że usługa wraz z dostawą worków ma charakter łączny (decyzja Dyrektora Informacji Skarbowej UNP: 165 80 94 Leszno z dnia 17 maja 2022 roku - skierowana do zamawiającego -pn. wiążąca informacja stawkowa - w aktach sprawy). Zamawiający również w swoich rozważaniach na rozprawie powoływał się na obowiązek wykonawcy dostawy worków co ma kwalifikować tę czynność jako usługę łączną z usługą odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów (vide protokół z rozprawy z dnia 1 sierpnia 2022r. „Wójt p. (...) odnosząc się do wypowiedzi pełnomocnika Odwołującego, w szczególności w zakresie wysokości stawki Vat na sprzedaż worków na odpady, to uważa, że usługa ta jest usługą łączną, której nie można traktować jako rozdzielnej czy też wyodrębnionej. Należy tutaj spojrzeć na nazwę samego przedmiotu zamówienia, nazywa się usługą odbioru i zagospodarowania. Poza tym zwracam uwagę na fakt, że worki powinny być oznaczone ale w sposób bieżący, czyli nie mogą to być np. worki firmy wykonawcy, która wykonuje usługę, ale oznaczenie tych worków wskazuje, że dotyczą one poprzedniego zamówienia z ubiegłego roku. Również za tym, iż jest to łączne zamówienie a nie rozdzielne wskazuje warunek dostarczania tyłu wypełnionych worków z odpadami ile faktycznie kierowcy pobierają. Jeżeli chodzi o fakt, że Odwołujący świadczył usługę w poprzednich latach to zwracam uwagę, że były to ceny ryczałtowe a nie jak teraz będą obowiązywały ceny jednostkowe). Izba oceniając argumentację stron przyznaje racje odwołującemu, który w ramach repliki na rozprawie odniósł się następująco „Zamawiający podał wyroki ETS, z których miało wynikać, że są podstawy odrzucenia naszej oferty i one dotyczyły kabla światłowodowego, tu ETS powiedział, że położenie kabla i utworzenia sieci jest jednym świadczeniem ze względu na specyfikę techniczną i wymagane uprawnienia do tego świadczenia czyli jest to świadczenie łączne położenie kabla światłowodowego i utworzenie sieci światłowodowej w warunkach transgranicznych. Natomiast jeżeli chodzi o świadczenia związane z kartą ubezpieczeniową oraz ze sprzętaniem i najmem mieszkania to tutaj ETS stwierdził, że tutaj mogą to być oddzielne świadczenia i czym innym jest wydanie karty płatniczej a czym innym jest jej ubezpieczenie oraz że oddzielnym świadczeniem jest sprzętanie mieszkania od najmu mieszkania, nie są to kompleksowe świadczenia albo też usługi powiązane” - vide protokół z rozprawy z dnia 1 sierpnia 2022r.) Są to swobodne wypowiedzi stron podczas rozprawy, ale oddają sedno sprawy co do właściwego rozumienia obiektywizmu, jako okoliczności zezwalającej na obniżenie podatku vat. Reasumując o obiektywizmie okoliczności nie decyduje wola stron, ale okoliczności na które strony nie mogą wpływać, ponieważ regulują je bezwzględnie obowiązujące reżimy najczęściej są to

normy prawne jak i wymagania techniczne, czy technologiczne. O braku obiektywnych okoliczności dostawy worków na odpady komunalne w ramach świadczenia usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów, świadczą również sytuacje gdzie zamawiający wyodrębniali dostawę worków poza świadczenie główne (Faktury VAT w zakresie zakupu worków przez odwołującego - z określeniem stawki na worki 23%; Dowody stosowania stawek VAT w ramach rozliczeń z zamawiającym w roku 2021 r. i dowody zapłaty faktur VAT przez Zamawiającego, Informacji w zakresie systemu worków w m. Strzyżów, Informacji w zakresie systemu workowego w gm. Rymanów, na okoliczność, że sprzedaż worków przez wykonawcę nie jest nierozdzielnie połączona z głównym przedmiotem zamówienia, co uprawniałoby do zastosowania jednolitej stawki VAT, Formularza oferty na odbiór odpadów z uwzględnieniem ryczałtu na worki stosowany w przetargach m.st. Warszawy (dot. samodzielnego określenia stawki VAT w oparciu o „wiedzę wykonawcy”) - na okoliczność, że stawka VAT powinna być określona przez wykonawcę a nie zamawiającego, gdyż to on ponosi odpowiedzialność za należyte zastosowanie podatku - dowody w aktach sprawy).

Co do zasadności stosowania w przedmiotowej sprawie podatku odrębnego VAT na dostawę worków na odpady (23%), a nie podatku VAT jak do świadczenie głównego (8%), przemawia również formularz ofertowy, gdzie wykonawca określa wysokość podatku Vat na dostawę worków na odpady komunalne.

W tej sytuacji słusznie odwołujący przywołuje Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Zs 96/21- w celu wykazania szerokiego zastosowania stawki VAT 23% w zakresie sprzedaży worków w zamówieniach na odbiór i zagospodarowanie odpadów, oraz właściwej interpretacji SWZ przez odwołującego w zakresie przyjęcia stawki VAT.

Istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy ma również okoliczność, że odwołujący zaskarżył przywołaną powyżej Decyzję Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 17 maja 2022r. w dniu 23 czerwca 2022r., o której powziął wiadomość i ją otrzymał od zamawiającego w związku z ponownym odrzuceniem oferty odwołującego w dniu 3 czerwca 2022r. z powodu stawki Vat na worki na odpady. Powyższa decyzja Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 17 maja 2022r. nie ma statusu prawomocności w stosunku do odwołującego.

Ponadto zamawiający nie wykazał, jakich to istotnych zmian dokonał w SWZ w stosunku do poprzednio obowiązujących SWZ, gdzie akceptował przez zapłatę faktury vat ze stawką 23 %, otrzymywane od odwołującego, który świadczył usługi na rzecz zamawiającego.

W tym stanie rzeczy, stosując się do zasady pewności obrotu gospodarczego, zmiana stanowiska zamawiającego co do obowiązującej stawki vat na worki na odpady komunalne po złożeniu ofert, w oparciu o Decyzję Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 17 maja 2022r., a nie w oparciu o obowiązujące postanowienia SWZ, nie uprawnia do odrzucenia oferty odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku, stwierdzając naruszenie przepisów ustawy Pzp., przywołane w odwołaniu, które mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co dało podstawę do uwzględnienia odwołania w myśl art.554 ust.1 pkt 1) ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2 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), na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 wraz z późn. zm.), zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 18.600,00 złotych tytułem zwrotu wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa procesowego według złożonej faktury vat.

Przewodniczący:

