

WYROK

Warszawa, dnia 11 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska
Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2024 r. przez odwołującego T.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych ATK Recykling T.K. w spadku w Radomiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Białobrzegi przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego PreZero Service Wschód Sp. z o.o. w Radomiu

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego T.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych ATK Recykling T.K. w spadku w Radomiu i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 22 200,00 zł (dwadzieścia dwa tysiące dwieście złotych) stanowiącą uiszczony wpis od odwołania i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego,

2.2. zasądza od odwołującego T.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych ATK Recykling T.K. w spadku w Radomiu na rzecz zamawiającego Gminy Białobrzegi kwotę 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Białobrzegi Plac Zygmunta Starego 9, 26-800 Białobrzegi, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i nieruchomości, na których znajdują się domki letniskowe albo innych nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe na terenie Miasta i Gminy Białobrzegi w okresie 24 miesięcy”, o ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 stycznia 2024 r, pod numerem 00029056-2024, dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 25 marca 2024 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego wniósł wykonawca T.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych ATK Recykling T.K. w spadku ul. Tarnobrzaska 6, 26-600 Radom dalej zwany „odwołującym”. We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji gdy wyjaśnienia złożone przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego winny doprowadzić do ich uwzględnienia i oceny oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej,
2. art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 i ust. 2 Pzp poprzez wybór wykonawcy, którego oferta nie była najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu (ewentualnie: podlegała odrzuceniu),
3. ewentualnie naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez PreZero Service Wschód Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu oraz Jarper Sp. z o.o. z siedzibą w Kolonii Warszawskiej, jako ofert zawierających błąd w obliczeniu ceny, oraz naruszenie art. 255 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego przeprowadzenia analizy możliwości zwiększenia środków na udzielenie zamówienia i ew. unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i nieruchomości, na których znajdują się domki letniskowe albo innych nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe na terenie Miasta i

Gminy Białobrzegi w okresie 24 miesięcy” z uwagi na fakt, że oferta złożona przez konsorcjum PPUH Interbud Sp. z o.o., Ekola Sp. z o.o. i Eko-Estetyka Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Małecki Sp. j. przekroczyła kwotę, jaką Zamawiający przewidział dla analizowanego Zamówienia.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty PreZero Service Wschód Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu (dalej także jako „wykonawca PreZero”), unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenia procesu badania i oceny złożonych ofert i wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu; ewentualnie nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy PreZero, odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę PreZero oraz Jarper Sp. z o.o. z siedzibą w Kolonii Warszawskiej i unieważnienie postępowania w oparciu o art. 255 pkt 3 p.z.p.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. W postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy: - konsorcjum PPUH Interbud Sp. z o.o., Ekola Sp. z o.o. i Eko-Estetyka Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Małecki Sp. j. z ceną 7.411.014,00 zł. - Jarper Sp. z o.o. z ceną 8.371.377,00 zł, - odwołujący z ceną 6.678.237,60 zł, - wykonawca PreZero z ceną 6.696.887,00 zł. Zamawiający przeznaczył na realizację usługi kwotę 7 mln złotych.

Treść wzoru oferty opracowana przez zamawiającego zawierała m.in. tabelę, w której należało wyszczególnić rodzaj odpadów podlegających odbiorowi, szacunkową przewidywaną ilość odpadów, cenę brutto, stawkę podatku VAT oraz instalację, do której będą przekazywane odpady. Odwołujący składając ofertę przedłożył zamawiającemu również wypełniony formularz ofertowy. Pismem z dnia 23 lutego 2024 r. zamawiający zażądał od odwołującego wyjaśnień treści części składowej oferty w zakresie: 1) dotyczącym oświadczenia zawartego na str. 2 kolumna 7 poz. 14 formularza oferty, w którym odwołujący wskazał firmę GMI-TUR jako instalację, do której będą przekazywane odpady budowlane i rozbiórkowe stanowiące odpady komunalne oraz 2) w zakresie dotyczącym oświadczenia zawartego na str. 2 kolumna 6 poz. 19 formularza oferty, w którym wskazano wartość podatku VAT od usługi mycia pojemników. Odwołujący złożył wymagane wyjaśnienia.

Pismem z dnia 13 marca 2024 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty złożonej przez wykonawcę PreZero, chociaż to oferta odwołującego przedstawiała najkorzystniejszy bilans cenowy. Zamawiający poinformował również o odrzuceniu oferty odwołującego z powodu braku uznania zasadności wyjaśnień dotyczących wskazania firmy GMI-TUR, jako instalacji, do której odwołujący zamierzał przekazywać odpady budowlane i rozbiórkowe stanowiące odpady komunalne. Zamawiający nie zakwestionował wyjaśnień złożonych odwołującego w zakresie dotyczącym przyjętej stawki podatku VAT za usługi mycia pojemników BIO.

W ocenie odwołującego stanowisko zamawiającego dotyczące oświadczenia w zakresie firmy GMI-TUR jest błędne. Jak wynika bowiem z przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U.2023.1587 t.j.), dalej jako „ustawa o odpadach”, a konkretnie z treści przepisu art. 29a ustawy o odpadach, obowiązek przekazania odpadów do instalacji komunalnej dotyczy wyłącznie odpadów komunalnych niesegregowanych (zmieszanych). Frakcja odpadów, której dotyczyła wątpliwość zamawiającego (tj. odpady budowlane i rozbiórkowe stanowiące odpady komunalne), jest natomiast kwalifikowana jako segregowane odpady komunalne. W konsekwencji przekazanie ich podmiotowi jakim jest „GMI-TUR Słodków 43a, 62-700 Turek” jest zgodne z wymaganiami ustawowymi, jak i wymaganiami przetargu. Należy bowiem wskazać, że zgodnie z brzmieniem SWZ, integralną jej częścią jest opracowany projekt umowy („XVI. 1. Projektowane postanowienia umowy: „Projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego zawiera załącznik do SWZ, stanowiący integralną część SWZ”). Jak wynika natomiast z treści projektu umowy (par. 1 ust. 2) integralną część umowy stanowią m.in. umowy dotyczące przekazywania odebranych niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych do instalacji komunalnych, natomiast w zakresie pozostałych odpadów: umowy dotyczące przekazywania odebranych odpadów do osób fizycznych lub jednostek organizacyjnych niebędących przedsiębiorcami, podmiotów prawnych lub instalacji zapewniających przetworzenie odpadów komunalnych zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami i zasadą bliskości oraz dopuszczalnych metod ich odzysku wskazanych w ofercie wykonawcy, do których wykonawca jest obowiązany przekazać odebrane odpady, stanowiące załącznik nr 3 do umowy. Zatem w ocenie odwołującego czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu jego oferty należy uznać za nieprawidłową.

Niezależnie od powyższego, druga z okoliczności, której dotyczyły wyjaśnienia odwołującego, czyli stawka VAT zastosowana przy usłudze „mycie pojemników na BIO”, jest również istotna. W wyjaśnieniach skierowanych do zamawiającego, w odpowiedzi na wezwanie z dnia 23 lutego 2024 r., odwołujący szczegółowo wyjaśnił przyczyny uzasadniające zastosowanie dla tej usługi stawki VAT w wysokości 8%, tj. mycie pojemników na BIO powinno być kwalifikowane jako usługa pomocnicza. Zasadą jest odrębne, samodzielne opodatkowanie poszczególnych usług, niemniej jednak usługi nie powinny być dzielone dla celów podatkowych wówczas, gdy tworzyć będą jedną usługę kompleksową, obejmującą kilka świadczeń pomocniczych, podobnie TSUE w wyroku z 27 października 2005 r. C-41/04: Jednakże w przypadku świadczenia szeregu usług związanych z sobą, tworzących obiektywną całość w ramach

określonej transakcji gospodarczej, nie należy sztucznie ich rozdzielać dla celów podatkowych. Jeśli usługa nie stanowi celu samego w sobie, ale jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej, należy ją traktować jako usługę pomocniczą, opodatkowując ją według zasad właściwych dla usługi zasadniczej.

Szczegółowa analiza przedmiotu zamówienia uzasadnia stanowisko, że usługi mycia pojemników na BIO są powiązane z usługą odbioru i zagospodarowania odpadów, w sposób uzasadniający objęcie ich stawką podatku VAT właściwą dla usługi głównej, tj. stawką 8%. Usługi te łącznie składają się bowiem na kompleksową usługę związaną z odbiorem odpadów komunalnych i pozostają z sobą w związku. W podobnym tonie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z dnia 12.07.2013 r., Sygn. akt: KIO 1544/13. Co istotne, przywołane orzeczenie dotyczy także postępowania, którego przedmiotem był odbiór odpadów, a jedną z usług świadczonych przez Wykonawcę miało być mycie pojemników. W ww. orzeczeniu Izba wskazała: „(...) Czynności związane z przygotowywaniem pojemników do odbioru oraz utrzymywania ich w czystości oraz ich dostarczenie do miejsca przeznaczonego do odbioru odpadów należą, co do zasady, do właściciela lub zarządcy nieruchomości, ale wykonanie takich usług może zostać zlecone wykonawcy zamówienia, jeśli podmiot zobowiązany zadeklaruje wolę ich zlecenia. Dlatego mają one - zgodnie z SIWZ - charakter opcjonalny. Niemniej jednak w przypadku ich zlecenia, realizowane będą przez wykonawcę usługi głównej i w związku z jej wykonywaniem, będą składać się na realizację kompleksu usług związanych z utrzymaniem czystości i porządku w gminie. Do wykonania usługi głównej konieczne jest bowiem przetransportowanie pojemnika do samochodu, a umycie tego pojemnika nie jest możliwe bez usunięcia jego zawartości. Wykonanie tych czynności nie jest celem samym w sobie, towarzyszą one usłudze odbierania odpadów, uzupełniając ją i poprawiając jej jakość. Świadczenie takiej usługi zupełnie odrębnie, bez powiązania z usługą odbierania odpadów, byłoby sztuczne i niepotrzebne. Bez znaczenia dla oceny prawidłowości przyjętej do obliczenia ceny stawki podatku VAT jest okoliczność, że przygotowany przez Zamawiającego formularz kalkulacji ceny rozdziela kalkulację związaną z usługą podstawową i usługami dodatkowymi. Z faktu tego nie można wywodzić odrębności i samodzielności poszczególnych usług. Dla ustalenia, czy przedmiotem zamówienia jest usługa kompleksowa, istotny jest obiektywny, funkcjonalny związek poszczególnych świadczeń składających się na zamówienie, nie zaś narzucony przez Zamawiającego sposób prezentacji ceny w ofercie. Powyższe okoliczności uzasadniają - w ocenie Izby - opodatkowanie usług transportu pojemników oraz ich mycia i dezynfekcji stawką właściwą dla usługi odbierania odpadów, tj. stawką 8%”.

Zgodnie z brzmieniem OPZ przedmiotem postępowania prowadzonego przez zamawiającego została objęta nie tylko usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, w tym odpadów biodegradowalnych, ale również mycie i dezynfekcja pojemników na odpady zmieszane i odpady biodegradowalne tj. odpady podlegające odbiorowi w ramach tego samego postępowania przez tego samego wykonawcę. W ocenie odwołującego, zamawiający akceptując jego wyjaśnienia potwierdził, że właściwą stawką podatku VAT za usługi mycia pojemników na BIO jest stawka 8%, nie zaś 23%. Nie można przy tym założyć, aby zamawiający mógł zaakceptować w jednym postępowaniu przyjęcie przez wykonawców różnych stawek podatku VAT za tą samą usługę. Co istotne, dwóch oferentów w analizowanym postępowaniu zastosowało stawki 23%. Firmami tymi są Jarper Sp. z o.o. oraz wykonawca PreZero, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Zgodne z ugruntowanym już stanowiskiem wyrażonym w licznych orzeczeniach Izby, zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT winno być kwalifikowane jako błąd w obliczeniu ceny, którego konsekwencją jest odrzucenie oferty. Oferty te zatem powinny zostać odrzucone, z uwagi na błąd w obliczeniu ceny dotyczący zastosowania niewłaściwej stawki podatku VAT za usługę mycia pojemników BIO.

W zakresie oferty złożonej przez konsorcjum PPUH Interbud Sp. z o.o., Ekola Sp. z o.o. i Eko-Estetyka Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Małecki Sp. j., według odwołującego oferta ta zawiera prawidłową stawkę podatku VAT za usługę mycia pojemników BIO, jednakże przekracza kwotę, jaką zamawiający przeznaczył na realizację usługi. Zamawiający powinien był zająć stanowisko co do tego, czy zwiększy środki na realizację usługi i ewentualnie unieważnić postępowanie w oparciu o art. 255 pkt 3 p.z.p.

Przywołane powyżej okoliczności faktyczne i prawne według odwołującego potwierdzają, że treść jego oferty obligowała zamawiającego do dokonania jej wyboru. Błędy przy badaniu i ocenie ofert uniemożliwiły wybór oferty odwołującego i pozbawiły go możliwości zawarcia umowy na realizację przedmiotu zamówienia.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o uznanie odwołania za bezzasadne i oddalenie go w całości – zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w odpowiedzi na odwołanie z dnia 5 kwietnia 2024 r.

Ponadto, wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1-3 p.z.p., Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę PreZero Service Wschód Sp. z o.o. ul. Wrocławska 3, 26-600 Radom (dalej zwany „przystępującym”), który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego,

konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., a odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z wymaganiami art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Skład rozpoznający spór dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Uwzględniając zgromadzony materiał procesowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, korespondencję prowadzoną w toku postępowania, czynności w toku badania i oceny ofert, mając na względzie zakres sprawy określony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, skład orzekający stwierdził, że postawione przez odwołującego zarzuty nie znajdują potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, zatem rozpoznawane odwołanie, jako nieposiadające uzasadnionych podstaw, zostało przez Izbę oddalone.

W zakresie zarzutu nr 1 z *petitum* odwołania – naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez odrzucenie oferty odwołującego w sytuacji, gdy wyjaśnienia złożone na wezwanie zamawiającego winny doprowadzić do ich uwzględnienia i oceny oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej, skład orzekający wskazuje co następuje.

Zgodnie z dokumentacją postępowania, rozdziałem IX pkt 2 ppkt 1 SWZ, wykonawcy byli zobowiązani do złożenia wypełnionego formularza ofertowego według wzoru ustanowionego przez zamawiającego (załącznik nr 1 do SWZ). W lit. B formularza dotyczącego ceny ofertowej i pozostałych kryteriów, wykonawcy wypełniali tabelę, gdzie zawarto kolumnę nr 7 pn. „instalacja, do której będą przekazywane odpady (nazwa adres)”. W kolumnie 7 dotyczącej pozycji 14 tabeli - odpady budowlane i rozbiórkowe stanowiące odpady komunalne, odwołujący w swojej ofercie wskazał „GMI-TUR Słodków 43a, 62-700 Turek”.

W rozdziale III pkt 1 pkt 6 SWZ zamawiający postawił następujące wymaganie: „Wykonawca zobowiązany jest do wskazania w ofercie instalacji, do których będzie przekazywał wszystkie odpady dotyczące postępowania” (tak zmiana SWZ z 08.02.2024 r.). Kwestia ta była także przedmiotem wyjaśnień treści SWZ, dokonanych w trybie art. 135 ust. 1 p.z.p., tj. „Pytanie 1: W Szczegółowym Opisie Zamówienia rozdział III punkt 1 podpunkt 6 Zamawiający napisał: Wykonawca zobowiązany jest do wskazania w ofercie instalacji komunalnej, do której będą przekazywane odebrane niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne, zgodnie z art. 38b ustawy o odpadach. Natomiast w formularzu ofertowym Zamawiający wymaga wskazania Instalacja, do której będą przekazywane odpady (nazwa, adres) dla każdego odpadu. Wnosimy o zmianę zapisu na: Wykonawca zobowiązany jest do wskazania w ofercie instalacji do których wykonawca będzie przekazywał wszystkie odpady dotyczące przedmiotowego postępowania. Odpowiedź zamawiającego: Zamawiający przychyliła się do wnioskowanej zmiany i dokona modyfikacji zapisów w rozdziale III punkt 1 podpunkt 6 Załącznika nr 7 do SWZ”.

Zgodnie z postanowieniami rozdziału III pkt 1 ppkt 4 OPZ zamawiający wskazał: „Wykonawca zobowiązany jest do przekazywania odebranych niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych do instalacji komunalnych, które otrzymały taki status, a pozostałych odpadów selektywnie zbieranych do instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów zapewniających przetworzenie lub unieszkodliwienie odpadów komunalnych zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami i zasadą bliskości, o których mowa w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.”.

Dalej Izba ustaliła, że dniu 23 lutego 2024 r. zamawiający, działając na podstawie art. 223 ust. 1 p.z.p., wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty. Odpowiedź na to wezwanie przedstawiono w dniu 27 lutego 2024 r. Następnie, w dniu 13 marca 2024 r. zamawiający poinformował, że treść oferty odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ na stronie 2 formularza ofertowego, w kolumnie 7 w pozycji 14 wskazano podmiot, który nie prowadzi instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów. W przedmiotowym zawiadomieniu zamawiający dodał, że obowiązek złożenia oświadczenia w zakresie wskazania w ofercie docelowych instalacji, do których przekazywane będą wszystkie frakcje odpadów, postawiono w rozdziale III pkt 1 ppkt 4 i 6 SWZ.

Izba stwierdziła, że czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego jest prawidłowa i nie doszło do naruszenia w postępowaniu art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. Należy zgodzić się z zamawiającym i przystępującym, że treść dokumentacji postępowania jest jasna i precyzyjna. Dokonując rekonstrukcji oświadczenia woli zamawiającego w postaci wymogu z kolumny 7 formularza ofertowego – wskazując na rozumienie tej treści przez profesjonalistę, a takim jest co do zasady przedsiębiorca działający na rynku zamówień publicznych (k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p.) –

skład orzekający stwierdził, że należało tam wskazać, zgodnie z językowym brzmieniem formularza, instalację, do której wykonawca będzie przekazywał odpady, tu o frakcji określonej w pozycji 14 formularza ofertowego. Jest to spójne z ww. wyjaśnieniami i modyfikacją treści SWZ oraz art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2024 r., poz. 399) dotyczącym wymagań ustawodawcy w zakresie dokumentacji zamówienia, które nałożono na zamawiającego (art. 65 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 p.z.p.). W dokumentacji postępowania nie ma żadnych niejasności/niejednoznaczności, treść ta nie budzi żadnych obiektywnych wątpliwości. W ocenie składu orzekającego brzmienie formularza ofertowego jest precyzyjne i jednoznaczne.

Odwolujący nie wypełnił wymogu wskazania przedmiotowej instalacji i podał podmiot, który będzie odbierał odpady komunalne (budowlane i rozbiórkowe), który taką instalacją odzysku i unieszkodliwiania odpadów nie jest, co nie było sporne. Dodatkowo powyższe wykazują dokumenty złożone przez zamawiającego wskazujące, że GMI-TUR w Słodkowie nie posiada uprawnień do przetwarzania i unieszkodliwiania odpadów (załączniki nr 1-5 do odpowiedzi na odwołanie), których nie kwestionowano. Zatem w ustalonym stanie rzeczy Izba stwierdziła merytoryczną wadę oferty dotyczącą nieprawidłowego wskazania przez odwołującego instalacji, do której będzie przekazywał odpady o frakcji określonej w pozycji 14 formularza ofertowego. Zdaniem składu orzekającego taka wada oferty nie podlega konwalidacji, oferta jest wprost sprzeczna z wymaganiami SWZ. Natomiast zasada niezmienności treści oferty sprzeciwia się uzupełnieniu takich informacji po upływie terminu na składanie ofert. Nie ma również żadnych uzasadnionych podstaw, aby odejść od jednoznacznej treści wymagań formularza ofertowego, tylko dlatego, że jeden z wykonawców popełnił błąd przy jego wypełnianiu.

Na tym etapie postępowania, treść dokumentacji zamówienia powinna być interpretowana literalnie i ściśle – stanowi to gwarancję pewności obrotu oraz realizację naczelných zasad zamówień publicznych, określonych w art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p. dotyczących zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, tak aby z jednej strony wykonawcy nie mieli trudności z odczytaniem wymogów zamawiającego oraz weryfikacją ofert konkurencji, a także aby ograniczyć nieuprawnioną uznaniowość przy ocenie ofert. Innymi słowy, nie można na tym etapie odstąpić od klarownego brzmienia SWZ, dodatkowo popartego wyjaśnieniami zamawiającego i uznać, że co prawda zamawiający wymagał w ofercie podania instalacji, do których będą przekazywane dane frakcje odpadów, ale skoro jeden z wykonawców wskazał zamiast instalacji podmiot, który będzie odpady odbierał, to taki podmiot też należy uwzględnić. Byłoby to sprzeczne z zasadami wykładni oświadczeń woli i zasadami naczelnym p.z.p. Jednoznacznego wymogu zamawiającego dotyczącego wskazania w formularzu ofertowym instalacji, do której będą przekazywane odpady, nie można „wykładać” jako wymogu wskazania podmiotu odbierającego odpady komunalne i przekazującego je właściwej instalacji.

W szczególności nie przekonuje do tego wskazany przez odwołującego art. 29a ustawy o odpadach, ponieważ zamawiający odpowiadając na pytania wykonawców, w dniu 8 lutego 2024 r. jednoznacznie wyjaśnił rozumienie wymagań SWZ, których nie ograniczono do wskazania instalacji komunalnych – *vide* wyjaśnienia i zmiana SWZ, pytanie nr 1 i dodanie ppkt 4 i 6 w pkt 1 rozdziału III SWZ. Z wiążącej dokumentacji postępowania wynika, że wykonawcy mieli wskazać miejsce zagospodarowania odpadów adekwatne do ich rodzaju, co koresponduje z obowiązkami nałożonymi na zamawiającego przez ustawodawcę, które referują do instalacji i tylko „w szczególności” wymienia się instalacje komunalne. W ślad za modyfikacją SWZ zamawiający jasno potwierdził, że w ofercie należy wskazać wszystkie instalacje, a nie tylko instalacje komunalne. O ile zatem mogłyby nawet wystąpić jakieś wątpliwości w zakresie wypełnienia formularza ofertowego w związku z brzmieniem art. 29a ustawy o odpadach (z czym skład orzekający się nie zgadza), to zamawiający jednoznacznie je rozwiał dokonując wyjaśnień SWZ. Podzielenie argumentacji odwołującego i odejście na jej podstawie od brzmienia formularza ofertowego wymagałoby zatem również pominięcia wyjaśnień zamawiającego wraz z dokonaną zmianą SWZ oraz zignorowania faktu, że strony uczestniczą w obrocie profesjonalnym, co w ustalonym stanie rzeczy byłoby nie do przyjęcia. Odwołujący podnosił również, że spełnił wymagania ustawy o odpadach, próbując przenosić spór na zakres, w którym ten spór nie występuje – zgodnie z informacją o odrzuceniu jego oferty powodem jej eliminacji nie jest niespełnienie wymagań ustawy o odpadach, a wada merytoryczna oferty polegająca na niedostosowaniu się do wymagań SWZ, polegająca na wskazaniu podmiotu, który nie prowadzi instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów w ramach obowiązku podania w ofercie takiej instalacji (rozdział III pkt 1 ppkt 4 i 6 SWZ).

Nie można uznać także za obiektywnie uzasadnione, że należy wobec odwołującego pominąć klarowne wymagania formularza ofertowego, ponieważ na etapie realizacji zamówienia mógłby dostarczyć zamawiającemu właściwą umowę z podmiotem odbierającym przedmiotowe odpady, co wynika z wzoru umowy. Jeżeli odwołujący, w związku ze swojej sytuacją podmiotową, chciał odstąpić od wymogu podania w ofercie instalacji, na rzecz wskazania podmiotu odbierającego przedmiotowe odpady, to należało zadbać o treść formularza oferty, która by to umożliwiła. Nie zadano w tym zakresie żadnych pytań do SWZ, nie zaskarżono jej treści. Wymóg zamawiającego jest jasny, należy podać „instalację, do której będą przekazywane odpady (nazwa adres)”. Okoliczność, że wybrany w postępowaniu

wykonawca może przedstawić zamawiającemu określone dokumenty (właściwe dla jego sytuacji podmiotowej) nie oznacza, że zamawiający dla niektórych wykonawców zrezygnuje z wymogu formularza ofertowego dotyczącego wskazania właściwej instalacji. Na tym etapie, kiedy nie ma już możliwości zmiany treści dokumentacji postępowania, a jej brzmienie wiąże zamawiającego, wykonawców i Krajową Izbę Odwoławczą, nie ma możliwości dokonywania zmiany brzmienia formularza ofertowego. Wszyscy wykonawcy mieli wskazać przedmiotową instalację w swojej ofercie i zgodnie z wyjaśnieniami odwołującego w formularzu powinien wpisać Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. w Rusku, czego nie zrobiono. Zamiast tego pominięto merytoryczne wymagania dokumentacji i w kolumnie dotyczącej instalacji wskazano podmiot, który nie prowadzi instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów, co powoduje, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, w sposób który nie podlega sanowaniu na gruncie ustawy p.z.p., więc czynność odrzucenia oferty odwołującego przez zamawiającego jest w ocenie Izby prawidłowa.

W przedmiocie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez przystępującego i Jarper Sp. z o.o. w Kolonii Warszawskiej, jako ofert zawierających błąd w obliczeniu ceny oraz naruszenia art. 255 pkt 3 p.z.p. poprzez zaniechanie przez zamawiającego przeprowadzenia analizy możliwości zwiększenia środków na udzielenie zamówienia i ewentualnego unieważnienia postępowania z uwagi na fakt, że oferta złożona przez konsorcjum PPUH Interbud Sp. z o.o., Ekola Sp. z o.o. i Eko-Estetyka Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Małecki Sp. j. przekroczyła kwotę, jaką zamawiający przewidział dla zamówienia (zarzut nr 3), skład orzekający wskazuje jak niżej.

Po pierwsze, nie znalazło potwierdzenia w materiale procesowym, aby zamawiający dla usługi mycia pojemników BIO uznał za prawidłową preferencyjną stawkę VAT (8%). Nic takiego nie wynika z dokumentów zamówienia. Ustawa p.z.p. nie przewiduje również domniemanego zaakceptowania wyjaśnień składanych przez wykonawcę. Zamawiający nie wypowiedział się w zakresie przyjętej przez odwołującego stawki VAT, ponieważ jak wyjaśnił na rozprawie stwierdził, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu ze względu na niezgodność z warunkami zamówienia, z powodu wady formularza ofertowego. Izba zgadza się z zamawiającym, że dla zaskarżonej czynności rozstrzygnięcia postępowania jest to bez znaczenia, skoro bowiem zamawiający stwierdził, że odwołujący podlega eliminacji z postępowania, nie miał obowiązku doszukiwać się kolejnych powodów do odrzucenia tej oferty.

Po wtóre, zamawiający nie określił w dokumentacji postępowania stawki VAT, która powinna zostać uwzględniona przez wykonawców w składanych ofertach, tu w szczególności dla usługi mycia pojemników BIO (poz. 19 tabeli z lit. B formularza ofertowego). Wykonawcy składali formularze ofertowe, gdzie sami wypełniali kwoty, w tym dotyczące zastosowanej stawki VAT. Ciężar ustalenia prawidłowej stawki podatku został przerzucony na wykonawców, którzy także nie pytali zamawiającego przed złożeniem ofert jaka stawka jest w jego ocenie prawidłowa.

Dla dalszego wyводу istotnym jest zaznaczenie, że w toku postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza dokonuje oceny czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czyli dokonuje weryfikacji zgodności z prawem czynności jednostki zamawiającej w przetargu w zestawieniu z modelem prawidłowego postępowania, odtworzonym na podstawie przepisów prawa i dokumentacji postępowania. Weryfikacja ta odbywa się w kontrykcyjnym procesie, którego wyrażony w orzeczeniu wynik ma charakter formalny (Izba orzeka o prawidłowości zaskarżonej czynności – oddalając odwołanie, albo o jej nieprawidłowości – uwzględniając odwołanie w całości lub w części). Skład orzekający zauważa również, że Krajowa Izba Odwoławcza co do zasady nie została powołana, aby rozstrzygać spory dotyczące prawa podatkowego, tym niemniej dla potrzeb kontrolowania konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego winna dokonywać interpretacji właściwych norm podatkowych w przedmiocie zastosowania stawki podatku od towarów i usług, która będzie miała zastosowanie jedynie do oceny ofert wykonawców w postępowaniu. Niezależnie od przedmiotu rozpoznawanego sporu postępowanie przed Izbą jest kontrykcyjne (skargowe), czyli to strony są obowiązane do przedstawiania dowodów na potwierdzenie faktów, z których wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne, zgodnie z zasadą *ei incumbit probatio, qui dicit, non ei, qui negat* – wyrażoną w art. 534 pkt 1 p.z.p. Przedstawienie przez stronę dowodu, w celu wykazania określonych twierdzeń o faktach sprawy, z których wywodzi ona korzystne dla siebie skutki, nie jest jej prawem czy obowiązkiem, lecz ciężarem procesowym wynikającym i zagwarantowanym przepisami prawa, przede wszystkim w jej własnym interesie. To interes strony, jakim jest wygranie procesu, nakazuje jej podjąć wszelkie możliwe czynności procesowe w celu udowodnienia przedstawionych twierdzeń o faktach. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2011 r., sygn. akt: II UK 69/11, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2009 r., sygn. akt: IV CSK 71/09). Zatem strona, która w postępowaniu odwoławczym nie udowodni faktów, z którymi wiąże korzystne dla siebie konsekwencje prawne musi liczyć się z negatywnym skutkiem braku podolania powinności dowodowej, co w konsekwencji powoduje oddalenie zarzutu. Ergo, jeżeli odwołujący chciał powołać się na interpretacje pochodzące od właściwych organów podatkowych, to powinien je złożyć. W ustalonym stanie rzeczy ustawodawca nie przewidział podstaw do odstąpienia od klasycznego rozkładu ciężaru dowodu i obarczenia zamawiającego obowiązkiem wykazania prawidłowej stawki podatku VAT, skoro jest on gospodarzem postępowania, co podnosił odwołujący na rozprawie. Innymi słowy, niezależnie od statusu zamawiającego

nie ma on obowiązku wykazywania okoliczności, na które powoływał się odwołujący, kwestionujący prawidłowość oceny dokonanej przez zamawiającego.

W dalszej kolejności skład orzekający zauważa, że postępowanie przed organami podatkowymi jest postępowaniem inkwizycyjnym, przeciwstawnym modelowi skargowemu. Proces inkwizycyjny (śledczy) charakteryzuje się władczym charakterem postępowań podatkowych, dającym przewagę organowi prowadzącemu postępowanie w imieniu wierzyciela podatkowego (Państwa) w stosunku do dłużnika podatkowego (podatnika). To podmiot orzekający ma obowiązek zgromadzić materiał faktyczny i dowodowy w sprawie i do niego należy ciężar udowodnienia istotnych faktów. Dowody są dopuszczane z urzędu i organ tak długo bada okoliczności, aż dojdzie do rzeczywistego, przekonującego i kompletnego ustalenia stanu faktycznego. Oznacza to, że Izba orzeka w przedmiocie tego, która strona dowiodła swoich racji, zaś organ podatkowy – z założenia – wydaje decyzję obiektywną, ponieważ gromadzi z własnej inicjatywy dowody tak długo, jak jest to konieczne dla wydania prawidłowego rozstrzygnięcia. Okoliczności tej nie można tracić ze wzroku przede wszystkim z uwagi na fakt, iż postępowanie kontrydiktoryjne z samej swojej istoty może doprowadzić do rezultatu innego niż doprowadziłoby postępowanie inkwizycyjne, gdyby je przeprowadzono, a w konsekwencji – orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej nie wiąże organów podatkowych, a Izba orzeka w takim stanie faktycznym, jaki został przez strony przedstawiony.

Mając na uwadze powyższe istotne proceduralne różnice, a także fakt, że zasadą jest zastosowanie podstawowej stawki podatku VAT, mającej charakter reguły ogólnej – stosowanie stawek preferencyjnych stanowi odstępstwo od zasadniczej stawki, zatem powinno być interpretowane ściśle i mieć zastosowanie jedynie wtedy, gdy istnieją uzasadnione podstawy do odstąpienia od stawki podstawowej – skład orzekający wskazuje, że strona, która chce zaoferować w ofercie cenę z zastosowaniem obniżonej stawki VAT i zastosować zwolnienie od reguły ogólnej, powinna właściwie i adekwatnie to uzasadnić, ponieważ prawo podatkowe nie dopuszcza „domniemania” warunków niezbędnych do zastosowania preferencyjnych stawek podatku. W postępowaniu objętym sporem zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, dając mu możliwość wykazania, że zaoferowane w ofercie stawki VAT są prawidłowe. Ostatecznie zamawiający nie wypowiedział się w rozstrzygnięciu postępowania czy odwołujący w jego ocenie wykazał, że ma prawo do zastosowania 8% stawki VAT w zakresie poz. 19 formularza ofertowego; skład orzekający również nie będzie ocenił tych okoliczności.

Odnosząc się natomiast do oferty przystępującego i wykonawcy Jarper Sp. z o.o. w Kolonii Warszawskiej, którzy za usługę mycia pojemników BIO przyjęli podstawową stawkę VAT, Izba wyjaśnia, że w polskim prawie krajowym, jak również w prawie unijnym, nie istnieje definicja legalna usługi kompleksowej lub usługi odrębnej, jaka mogłaby być przydatna dla ustalenia spornej kwestii. Koncepcję opodatkowania świadczeń kompleksowych wypracował Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, zaś dla oceny odrębności usług lub ich kompleksowości konieczne jest przeanalizowanie każdej sytuacji faktycznej *ad casum*. TSUE wielokrotnie przypominał, że każda czynność co do zasady powinna zostać uznana za odrębną i niezależną. Mając jednak na względzie funkcjonalność systemu VAT uznano, że jeżeli dwa świadczenia lub więcej są tak ściśle związane, że obiektywnie tworzą w aspekcie gospodarczym jedną całość, to wszystkie te czynności stanowią jedno świadczenie do celów stosowania podatku od wartości dodanej. W pewnych okolicznościach bowiem formalnie odrębne świadczenia, które mogą być wykonywane oddzielnie, należy uważać za jednolitą czynność, gdy nie są one niezależne. W konsekwencji, świadczenie kompleksowe występuje w przypadku, gdy co najmniej dwa elementy, albo co najmniej dwie czynności dokonane przez podatnika, są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie jedno nierozdzielne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielnie miałyby charakter sztuczny (por. wyroki Trybunału: z 17 stycznia 2013 r. w sprawie C- 224/11, z 27 września 2012 r. w sprawie C-392/11, z 11 czerwca 2009 r. w sprawie C- 572/07, z 21 lutego 2008 r. w sprawie C-425/06, z 29 marca 2007 r. w sprawie C-111/05, z 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04, z 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96, z 2 maja 1996 r. w sprawie C-231/94).

Uwzględniając zatem dwie okoliczności, po pierwsze – że każde świadczenie powinno być zwykle uznawane za odrębne i niezależne oraz po drugie – że transakcja złożona z jednego świadczenia w aspekcie gospodarczym nie powinna być sztucznie rozdzielana, aby nie pogarszać funkcjonalności systemu podatku VAT, należy poszukiwać elementów charakterystycznych dla rozpatrywanej czynności celem określenia, czy dane świadczenia stanowią kilka odrębnych świadczeń głównych, czy jednolite świadczenie kompleksowe. Jeżeli usługa składa się z wielu świadczeń, a świadczenia te można rozdzielić tak, że nie zmieni to ich charakteru, ani wartości z punktu widzenia nabywcy – wówczas świadczenia takie powinny być traktowane jako niezależnie opodatkowane świadczenia. Natomiast kiedy usługa składa się z kombinacji różnych czynności, prowadzących do realizacji określonego celu, na który składają się różnego rodzaju świadczenia, mamy do czynienia z usługą kompleksową.

Podobnie, w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego przyjmuje się, że świadczenie złożone ma miejsce wówczas, gdy relacja poszczególnych świadczeń wykonywanych na rzecz jednego nabywcy dzieli je na świadczenie podstawowe i świadczenia pomocnicze, tzn. takie, które umożliwiają skorzystanie ze świadczenia

podstawowego lub są niezbędne dla możliwości skorzystania ze świadczenia podstawowego. Jeżeli jednak świadczenia te można rozdzielić tak, że nie zmieni to ich charakteru ani wartości z punktu widzenia nabywcy, wówczas świadczenia takie powinny być traktowane jako dwa niezależnie opodatkowane świadczenia (tak wyrok z 6 maja 2015 r., sygn. akt:). Innymi słowy, świadczenie złożone charakteryzuje się kompleksowością i współzależnością wielu czynności, które wykonywane w sposób skoordynowany i efektywny mają doprowadzić do osiągnięcia zamierzonego celu. W przypadku usług o charakterze złożonym, o wysokości stawki podatku decyduje to, czy w danych okolicznościach mamy do czynienia z jedną usługą złożoną, czy też z szeregiem jednostkowych usług. Ocena tej okoliczności winna odbywać się w oparciu o to, czy dokonywane czynności (świadczenia) wykazują ze sobą tak ścisłe powiązanie, że w sensie gospodarczym tworzą jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanego sporu skład orzekający stwierdził, że w odniesieniu do niniejszego postępowania, zamawiający wyodrębnił usługę mycia pojemników BIO od pozostałych czynności wykonawcy. Uwzględniając opis przedmiotu zamówienia, nie istnieje funkcjonalny związek pomiędzy poszczególnymi elementami zamówienia na tyle ścisły, aby nie można było wydzielić z tego świadczenia elementu dotyczącego mycia pojemników BIO. Za odrębnością świadczeń przemawia treść dokumentów zamówienia, gdzie zamawiający wyraźnie rozdziela od siebie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów od mycia i dezynfekcji pojemników. Dodatkowo, zamawiający wyodrębnił tę usługę w formularzu ofertowym – sposób sformułowania OPZ oraz formularza ofertowego powoduje konieczność przyjęcia, że zamawiający traktuje świadczenie dotyczące mycia pojemników BIO jako usługę niezależną od pozostałych usług.

Nie jest to usługa ściśle związana z pozostałymi czynnościami zamówienia. Mamy różne, niezależne usługi o czym najlepiej świadczy fakt, że wykonując dotychczasową usługę objętą przedmiotem zamówienia, zamawiający nie zlecał usługi mycia pojemników BIO. Dopiero w tym roku zamawiający postanowił dwukrotnie w roku zapewnić sobie możliwość zlecenia tej konkretnej usługi mycia. Zamówienie mogłoby zostać należycie zrealizowane, zostałby osiągnięty cel umowy, także bez zlecenia wykonawcy rzeczonyj usługi. Jak trafnie podnosił zamawiający, z jego punktu widzenia omawiana usługa nie jest decydująca dla właściwej realizacji umowy, nie jest też tak ściśle związana z pozostałym przedmiotem zamówienia, abyśmy mieli jedną całość. Takim obowiązkiem są obecnie obarczeni mieszkańcy (tak Uchwała nr XXXIX/323/2002 Rady Miasta i Gminy Białobrzegi z dnia 24 lutego 2002 r., regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie Miasta i Gminy Białobrzegi), co oznacza, że z obiektywnego punktu widzenia usługę mycia może wykonać zarówno wykonawca, jak i zupełnie inny podmiot, niezwiązany z wykonawcą odbierającym odpady. Świadczenia te nie są ze sobą na tyle związane, żeby z ekonomicznego i gospodarczego punktu widzenia tworzyły obiektywnie jedno świadczenie. Należy uznać, że w tym postępowaniu mycie pojemników BIO stanowi obiektywnie niezależną usługę, ponieważ obarczony ciężarem dowodu odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

W odwołaniu szeroko odniesiono się do innych orzeczeń, właściwych dla odmiennych stanów faktycznych, bez szczegółowego odniesienia się do charakterystyki postępowania objętego sporem. Natomiast złożony przez odwołującego dowód na okoliczność ustalenia związku pomiędzy usługą odbioru odpadów a usługą mycia pojemników, tj. ww. regulamin utrzymania czystości, obarcza tym obowiązkiem właścicieli nieruchomości, a nie wykonawcę realizującego przedmiotową usługę. Odwołujący nie udowodnił, że zastosowanie preferencyjnej stawki VAT jest prawidłowe. Całkowicie pominięto obowiązek udowodnienia, że na kanwie tego konkretnego przedmiotu zamówienia – w oparciu o indywidualny charakter zamawianej usługi – mycie pojemników BIO należy uznać za wyjątek od zasady zastosowania stawki podatkowej i powinno zostać objęte preferencyjną 8% stawką podatku VAT.

Po trzecie, skład rozpoznający spór podziela stanowisko przystępującego, iż podatnik ma prawo do zastosowania stawki zasadniczej, zaś skorzystanie ze stawki preferencyjnej nie jest jego obowiązkiem, a uprawnieniem. Zatem jeżeli wykonawca zaoferował w ofercie podatek VAT w stawce podstawowej, co jest zawsze dopuszczalne zgodnie z normami prawa podatkowego i nie wiążą się z tym żadne negatywne skutki karnoskarbowe, to należy uwzględnić to przy dokonywaniu wykładni art. 226 ust. 1 pkt 10 p.z.p. Zastosowanie zasady ogólnej nie narusza zasad uczciwej konkurencji i w razie istnienia wątpliwości co do możliwości zastosowania stawki preferencyjnej, zastosowanie stawki podstawowej należy uznać za uzasadnione. Z zastosowaniem podstawowej stawki podatku VAT przepisy prawa podatkowego nie wiążą żadnych negatywnych konsekwencji dla wykonawcy. Źródłem odpowiedzialności karnoskarbowej nie jest nadpłata podatku, a będzie nim umniejszanie zobowiązań podatkowych, poprzez zastosowanie stawki preferencyjnej, zamiast stawki podstawowej lub zwolnienia podatkowego, zamiast opodatkowania właściwym podatkiem. Maksymalizowanie zobowiązań podatkowych, w przypadku istnienia rozbieżności interpretacyjnych, nie może zostać uznane jako niezgodne z przepisami prawa i tym samym skutkować na gruncie p.z.p. odrzuceniem oferty, w której taki mechanizm został zastosowany. Przepisy prawa interpretuje się zgodnie z celem ustawodawcy, zamiarem wprowadzenia preferencyjnych stawek podatku na niektóre produkty lub usługi było wsparcie określonych rodzajów działalności gospodarczej. Wykonawca, który nie skorzysta z takiego uprawnienia nie powinien być karany utratą zamówienia publicznego.

Natomiast z zupełnie inną sytuacją mamy do czynienia, kiedy wykonawca nie ma uprawnienia do zastosowania

stawki obniżonej, a taki VAT obliczy w ofercie. Wtedy zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego (*vide* uchwały z dnia 20 października 2011 r. sygn. akt: III CZP 52/11 i III CZP 53/11) dochodzi do błędu w obliczeniu ceny. Tym niemniej zasada ta nie powinna być automatycznie przenoszona na sytuację odwrotną.

Konkludując, Izba stwierdziła, że zarzut nr 3 z *petitum* odwołania nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ odwołujący nie udowodnił, żeby doszło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 p.z.p. Nie wykazano błędu w obliczeniu ceny w ofercie przystępującego i wykonawcy Jarper Sp. z o.o. w Kolonii Warszawskiej, zatem zdaniem składu orzekającego zamawiający prawidłowo nie odrzucił tych ofert.

Dalej skład orzekający stwierdził, że nie potwierdziło się również podnoszone przez odwołującego naruszenie art. 255 pkt 3 p.z.p. poprzez zaniechanie przeprowadzenia analizy możliwości zwiększenia środków na udzielenie zamówienia. Gdyby oferta najkorzystniejsza miała przekraczać środki przeznaczone na realizację zamówienia, a z taką sytuacją nie mamy do czynienia w ustalonym stanie rzeczy – zamawiający właściwie wybrał ofertę przystępującego z ceną poniżej tej kwoty – zamawiający powinien zweryfikować czy jest w stanie zwiększyć środki przeznaczone na wykonanie umowy, a nie weryfikować takie okoliczności na wszelki wypadek. Ustawa nie przewiduje obowiązków, które próbował nakładać na zamawiającego odwołujący, więc bezpodstawny zarzut nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony.

Nie było również podstaw do uwzględniania zarzutu nr 2 z *petitum* odwołania dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 w zw. z art. 17 ust. 1 i 2 p.z.p. Skład orzekający stwierdził, że odrzucenie oferty odwołującego było prawidłowe, tak samo jak właściwie wybrano ofertę przystępującego, jako ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu. Omawiany zarzut został zatem oddalony.

Ponadto Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego także złożone przez zamawiającego odwołanie w sprawie sygn. akt: KIO 973/24; dowód ten okazał się nieprzydatny dla ustalenia jakichkolwiek okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia.

Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., więc odwołanie zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą oddalone.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła odwołującego jako stronę przegrywającą kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania, koszty wynagrodzenia jego pełnomocnika oraz uzasadnione koszty zamawiającego – poniesione koszty wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą VAT (3600,00 zł).

Przewodniczący:

.....