

Sygn. akt: KIO 3200/20

WYROK

z dnia 28 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 23 grudnia 2020r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 grudnia 2020 r. **przez odwołującego:** Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Gmina Miękinia, ul. Kościuszki 41, 55-330 Miękinia

przy udziale: Chemeko - System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów, ul. Jerzmanowska 6 A, 54-519 Wrocław **po stronie zamawiającego**

orzeka:

1. Oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Miękinia” (ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dz. Urz. UE w dniu 7 października 2020 r. pod nr 2020/S 195-472155, oznaczenie sprawy KRO.ZP.271.13.2020)

Odwołanie z dnia 3 grudnia 2020 r.

Odwołujący na podstawie art. 179 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 180 ust. 1 p.z.p. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, dalej jako: „p.z.p.”), złożył odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez zamawiającego wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego.

Odwołanie wniesiono wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego,
2. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy przystępującego wobec złożenia przez niego fałszywego oświadczenia o braku przynależności do jakiegokolwiek grupy kapitałowej,
3. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę przystępującego jako oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny,
4. zaniechaniu wezwania wykonawcy przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zastosowania stawek VAT niezgodnych z ustawą o podatku od towarów i usług,
5. zaniechaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 91 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 3 p.z.p. w zw. art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. przez wybór niezgodnie z przepisami ustawy jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy przystępującego pomimo, że oferta tego wykonawcy zawierała błędy w obliczeniu ceny wynikające z doliczenia preferencyjnej stawki VAT sprzecznej z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług, a w konsekwencji sprzecznej z kryteriami oceny ofert zawartymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”);
2. naruszenie art. 7 ust. 1 p.z.p. przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w sytuacji gdy Zamawiający porównał oferty nieporównywalne,

ponieważ sporządzone przy zastosowaniu różnych stawek VAT do tych samych usług wchodzących w skład zamówienia, przy czym tylko Odwołujący zastosował właściwe stawki VAT a

wybrana została oferta przystępującego wskazująca stawki VAT sprzeczne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa podatkowego;

3. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy przystępującego z postępowania, pomimo tego, że przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego co do braku przynależności do grupy kapitałowej, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1. unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. wykluczenia wykonawcy przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia,
3. odrzucenia oferty wykonawcy przystępującego,
4. dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, z pominięciem oferty przystępującego jako podlegającej odrzuceniu,
5. wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wnosi o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów:

1. Zbiorcze zestawienie ofert w przetargu
2. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty
3. Pismo Zamawiającego z dnia 3 listopada 2020 r. - wezwanie do złożenia wyjaśnień przez Odwołującego i przystępującego;
4. Oferta Odwołującego.
5. Formularz cenowy Odwołującego
6. Oferta przystępującego
7. Formularz cenowy przystępującego
8. Wyjaśnienia Odwołującego dot. stawki VAT
9. Wyjaśnienia przystępującego dot. stawki VAT
10. Oświadczenie przystępującego o braku przynależności do grupy kapitałowej
11. Skonsolidowane sprawozdanie z działalności grupy kapitałowej CHS Holding sp. z o.o.
12. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia
13. Wzór naklejek obowiązujący w Gminie Miękinia
14. Odpis KRS przystępującego

Ponadto Odwołujący wnosi o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zachowanie terminu

Termin do wniesienia odwołania został zachowany.

Odwołujący otrzymał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 23 listopada 2020 roku. Również w tym dniu Zamawiający drogą elektroniczną przesłał Odwołującemu oferty pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. W świetle przepisu art. 182 ust. 1 pkt 1 p.z.p. odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli zostały przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Tym samym termin na wniesienie odwołania wypada w dniu 3 grudnia 2020 roku.

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący wskazuje, że w świetle przepisu art. 179 ust. 1 p.z.p. jest uprawniony do wniesienia odwołania. Odwołujący złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, która została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert według klasyfikacji punktowej. Naruszenie przez Zamawiającego przepisów przywołanych w niniejszym odwołaniu godzi w interes Odwołującego. Wykluczenie wykonawcy przystępującego i odrzucenie jego oferty umożliwiłoby Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę w postaci niezyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym nieosiągnięcia spodziewanego zysku z jego realizacji. W związku z powyższym uznać należy, że Odwołujący posiada legitymację do wniesienia niniejszego środka ochrony prawnej.

Odwołujący oświadczył, że kopia odwołania zgodnie z dyspozycją przepisu art. 180 ust. 5 p.z.p. została przesłana Zamawiającemu, na dowód czego w załączeniu przedłożył potwierdzenie.

Odwołujący uiszczył wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości, na dowód czego w załączeniu przedłożył potwierdzenie dokonania przelewu.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania przedstawił argumentację formalną i prawną.

Gmina Miękinia prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Miękinia”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p. W przetargu oferty złożyło dwóch wykonawców, to jest przystępujący zwany też Chemeko-System oraz odwołujący zwany też Alba. W dniu 3 lipca 2020 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Chemeko-System jako najkorzystniejszej oferty.

Oferty złożone przez obydwu wykonawców różniły się pod względem stawek VAT podanych w formularzu cenowym:

1. pozycja nr 45 - wdrożenie i utrzymanie systemu RFID na terenie gminy Miękinia - stawka VAT według Chemeko-System wynosi 8% a według ALBA 23%,
2. pozycja nr 48 - wyposażenie urzędzeń do zbierania odpadów- pojemników w naklejki określające rodzaj zbieranych odpadów- stawka VAT według Chemeko-System wynosi 8% a według ALBA 23%,
3. pozycja nr 49 - wyposażenie urzędzeń do zbierania odpadów- pojemników w transpondery RFID (czipy) - stawka VAT według Chemeko-System wynosi 8% a według WPO ALBA 23% ,
4. pozycja nr 50 - wyposażenie w pojemniki do zbierania przeterminowanych leków- stawka VAT według Chemeko-System wynosi 8% a według ALBA 23%,
5. pozycja nr 51 - wyposażenie w pojemniki do zbierania zużytych baterii i akumulatorów przenośnych - stawka VAT według Chemeko-System wynosi 8% a według ALBA 23%.

Przed dokonaniem wyboru oferty Zamawiający pismem z dnia 3 listopada 2020 r. wezwał obu wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie zastosowanej stawki VAT w powyższych pięciu pozycjach zestawienia cenowego.

Chemeko-System złożyło swoje wyjaśnienia pismem z dnia 6 listopada 2020 r., w którym uzasadniało zastosowanie preferencyjnej stawki VAT wynoszącej 8% dla powyższych pozycji formularza cenowego, natomiast ALBA złożyło swoje wyjaśnienia pismem z dnia 9 listopada 2020 r., zgodnie z którym powyższe usługi lub dostawy powinny być objęte podstawową stawką VAT wynoszącą 23%. Mimo rozbieżności w stawkach VAT zaproponowanych przez obu wykonawców dla poszczególnych pozycji formularza cenowego, Zamawiający nie odrzucił żadnej z ofert i przystąpił do wyboru najkorzystniejszej oferty spośród dwóch nieporównywalnych ofert.

Zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Chemeko-System mimo błędnego obliczenia ceny na skutek zastosowania stawki VAT niezgodnej z ustawą

W przedmiotowym postępowaniu obowiązkiem Wykonawcy było podanie w formularzu cenowym ceny poszczególnych usług lub towarów uwzględniając właściwą dla nich na dzień złożenia oferty stawkę podatku VAT. Zamawiający wskazał, że w formularzu cenowym wykonawca ma wpisać, jaka stawka podatku VAT została uwzględniona przy obliczeniu łącznej ceny ofertowej brutto - dla każdej pojedynczej usługi składowej z osobna. Oznacza to, że w niniejszym postępowaniu ustalenie i wskazanie prawidłowej stawki VAT było obowiązkiem wykonawcy składającego ofertę. Ponadto wykonawca miał obowiązek odnieść się do każdej pojedynczej usługi określonej w formularzu cenowym, a nie podać stawkę VAT dla jednej obsługi kompleksowej.

Wykonawca Chemeko-System zastosował do całości zamówienia stawkę preferencyjną 8% VAT podając ją w formularzu cenowym, natomiast Odwołujący zróżnicował zastosowane stawki VAT (8% VAT dla usług gospodarowania odpadami i 23% VAT dla innych usług lub dostaw określonych w pozycjach 45, 48, 49, 50, 51 formularza cenowego).

Sąd Najwyższy w dwóch uchwałach z 20 października 2011 r. w sprawach o sygn. akt III CZP 52/11 i III CZP 53/11 stwierdził, że określenie w treści oferty wykonawcy błędnej stawki podatku VAT oraz obliczenie w oparciu o tą stawkę podatku VAT, jako składnika ceny brutto, stanowi błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. Zamawiający na gruncie przywołanego przepisu ma obowiązek weryfikacji zaoferowanej ceny pod kątem ustalenia, czy nie zawiera ona błędów w obliczeniu ceny, w zakresie dotyczącym określenia właściwej stawki VAT.

Na Zamawiającym spoczywa obowiązek prawidłowego i zgodnego z przepisami przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w celu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 18 p.z.p.).

W przywołanych wyżej uchwałach Sąd Najwyższy wskazał, że w świetle art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 roku o cenach (obecnie art. 3 ust. 2 ustawy o informowaniu o cenach towarów i usług) nie może budzić wątpliwości, że podatek VAT jest składnikiem ceny, stanowiącym element cenotwórczy, co już na etapie składania ofert nakłada obowiązek obliczenia określonej w ofercie ceny z uwzględnieniem właściwej stawki podatku VAT.

Dokonanie należytej oceny ofert, w tym również badanie prawidłowości zastosowanej stawki VAT, jest obowiązkiem zamawiającego. Na ten obowiązek, jak również na konsekwencje, wynikające z zastosowania niewłaściwej stawki podatku VAT w ofercie, zwracała wielokrotnie uwagę w swoich orzeczeniach Krajowa Izba Odwoławcza (tak np., w wyroku z 10 stycznia 2012 r., sygn. akt: KIO 2794/11; wyroku z 16 kwietnia 2012 r., sygn. akt: KIO 639/12; wyroku z 10 kwietnia 2012 r. sygn. akt KIO 588/12). W orzecznictwie podkreślano wielokrotnie, że cena oferty stanowi jedno z podstawowych kryteriów oceny ofert i w związku z tym nie może być żadnych wątpliwości co do jej wysokości czy też sposobu w jaki została ona obliczona. Jeżeli mówić o „cenie” czy „błędach w obliczaniu ceny”, to nie sposób przyjąć cenę - skoro ma to być cena brutto - z nieprawidłową stawką podatku od towarów i usług, gdyż byłaby to ewidentnie cena błędnie obliczona. Trzeba mieć na uwadze to, że o porównywalności ofert w zakresie oferowanej ceny można mówić wyłącznie w tych przypadkach, w których porównywane ceny zostały obliczone według tych samych reguł. Zgodnie z przepisem art. 36 ust 1 pkt 12 ZamPubiU to na zamawiającym ciąży obowiązek określenia w SIWZ opisu sposobu obliczenia ceny, a ten jest przecież wiążący dla wykonawców. Tylko zatem oferty, które zawierają cenę obliczoną zgodnie ze sposobem wskazanym w SIWZ, mogą być przedmiotem porównania przez zamawiającego w toku czynności

wyboru najkorzystniejszej oferty (tak też w Wyroku Sądu Okręgowego w Nowym Sączu sygn. akt HI Ca 215/19) - tak: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 czerwca 2020 r. sygn. KIO 733/20,

Stosownie do wyjaśnień złożonych Zamawiającemu przez Odwołującego należało ustalić stawkę VAT wynoszącą 23% dla następujących pozycji formularza cenowego:

1. pozycja nr 45 - wdrożenie i utrzymanie systemu RFID na terenie gminy Miękinia,
2. pozycja nr 48 - wyposażenie urządzeń do zbierania odpadów- pojemników w naklejki określające rodzaj zbieranych odpadów,
3. pozycja nr 49 - wyposażenie urządzeń do zbierania odpadów- pojemników w transpondery RFID (czipy),
4. pozycja nr 50 - wyposażenie w pojemniki do zbierania przeterminowanych leków,
5. pozycja nr 51 - wyposażenie w pojemniki do zbierania zużytych baterii i akumulatorów przenośnych, które to stawki wynikają z ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (dalej: ustawa o VAT).

Zgodnie z poz. 7.3 Zasad Metodycznych Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług zawartych w załączniku do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 29 października 2008 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) - dalej: „PKWiU”, zaliczanie danego produktu lub usługi do odpowiedniego grupowania jest obowiązkiem producenta czy usługodawcy. Usługodawca posiada wszystkie informacje niezbędne do właściwego zaliczenia produktu do odpowiedniego grupowania PKWiU, tj. informacje dotyczące rodzaju użytego surowca, technologii wytwarzania, konstrukcji i przeznaczenia wyrobu lub charakteru usługi. Dokonana przez producenta usługodawcę klasyfikacja nie może naruszać zasad budowy i logiki struktury PKWiU. Z zasad budowy i logiki struktury PKWiU wynika jednoznacznie, że wcześniej wymienione usługi określone w formularzu cenowym, tj.:

1. pozycja nr 45 - wdrożenie i utrzymanie systemu RFID na terenie gminy Miękinia,
2. pozycja nr 48 - wyposażenie urządzeń do zbierania odpadów- pojemników w naklejki określające rodzaj zbieranych odpadów,
3. pozycja nr 49 - wyposażenie urządzeń do zbierania odpadów- pojemników w transpondery RFID (czipy,)
4. pozycja nr 50 - wyposażenie w pojemniki do zbierania przeterminowanych leków,

5. pozycja nr 51 - wyposażenie w pojemniki do zbierania zużytych baterii i akumulatorów przenośnych

nie są usługami związanymi ze zbieraniem, przetwarzaniem i unieszkodliwianiem odpadów (38. PKWiU), bowiem stanowią zupełnie odrębną kategorię usług, do wykonywania których nie są wymagane żadne zezwolenia odpadowe - usługi te może wykonać każdy podmiot niezależnie od usług polegających na odbieraniu odpadów.

Wdrożenie i utrzymanie systemu RFID stanowi czynność z dziedziny informatyki i techniki, a nie z dziedziny gospodarowania odpadami, systemy RFID nie są systemami dedykowanymi dla usług gospodarowania odpadami, bowiem stosowane są one przede wszystkim w handlu. Natomiast oklejanie pojemników wydrukowanymi naklejkami jest usługą o charakterze poligraficznym, w szczególności że naklejki stosowane w gminie Miękinia nie zawierają nawet logo firmy zajmującej się zagospodarowaniem odpadów. Zatem odnośnie pozycji 45 i 49 (RFID) oraz 48 (wyposażenie urządzeń w naklejki) nie można uznać tych usług również za usługi pomocnicze względem usługi odbierania i zagospodarowania odpadów rozumianej jako usługa kompleksowa, gdyż:

1. usługi te mogą zostać wykonywane niezależnie od odbioru odpadów,
2. usługi te mogą być wykonywane przez każdy inny podmiot niż odbierający, który to podmiot nie musi posiadać zezwoleń odpadowych,
3. bezpośrednim celem tych usług nie jest odbiór i zagospodarowanie odpadów.

Dowód: wzór naklejek na pojemniki na odpady wymagane przez Zamawiającego

Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2020 r. poz. 106), zwanej dalej „ustawą o VAT”, opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług podlegają odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju.

Zgodnie z art. 146 aa ust 1 w zw. z art. 41 ust. 13 ustawy o VAT podstawowa stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 1 i 13, art. 109 ust. 2 i art. 110, wynosi 23%, natomiast stawka 8% możliwa jest do zastosowania wyłącznie w stosunku do usług wymienionych w załączniku nr 3 ustawy o VAT. Usługi i dostawy towarów określone w punktach 45, 48, 49, 50, 51 formularza cenowego nie są wymienione w Załączniku nr 3 ustawy o VAT, dlatego nie mogą być opodatkowane według stawki 8% VAT.

Usługi wymienione w punktach 45,48,49,50,51 formularza cenowego nie mogą zostać opodatkowane obniżoną stawką VAT 8% również dlatego, że nie są integralną częścią świadczenia złożonego bez której świadczenie główne (odbiór i zagospodarowanie odpadów) nie mogłoby być wykonane.

Zgodnie z obowiązującą wykładnią i opiniami wydawanymi przez Dyrektorów Izby Skarbowych świadczenie złożone (kompleksowe) ma miejsce wówczas, gdy relacja poszczególnych czynności (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, także nie zmieni to ich charakteru ani wartości z punktu widzenia nabywcy, wówczas świadczenia takie powinny być traktowane jako świadczenia niezależnie opodatkowane. Tym samym o świadczeniu złożonym możemy mówić, jeśli istnieje funkcjonalny związek pomiędzy poszczególnymi elementami świadczenia na tyle ścisły, by nie można było wydzielić z tego świadczenia jego poszczególnych elementów i potraktować ich jako świadczeń odrębnych. Muszą one stanowić jedną nierozzerwalną całość. Świadczenia określone w pozycjach 45, 48, 49, 50, 51 formularza cenowego powinny być traktowane jako świadczenia odrębne.

Potwierdza to:

a) wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 06.12.2013 r., sygn. akt: I FSK 1758/12 odnoszący się do kwestii możliwości potraktowania usług ujętych w pakiecie jako jednej usługi kompleksowej, gdzie wskazano, że w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE pojedyncza usługa traktowana jest jak element usługi kompleksowej wówczas, gdy cel świadczenia usługi pomocniczej jest zdeterminowany przez usługę główną oraz nie można wykonać lub wykorzystać usługi głównej bez usługi pomocniczej. Co do zasady zaś każde świadczenie powinno być traktowane jako odrębne i niezależne: „Ocena, czy w danych okolicznościach mamy do czynienia z jedną usługą kompleksową, czy też z szeregiem jednostkowych usług winna odbywać się w oderwaniu od treści umowy łączącej strony, a jedynie w oparciu o to, czy dokonywane przez podatnika czynności (świadczenia) wykazują ze sobą tak ścisłe powiązanie, że w sensie gospodarczym tworzą jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter. Sama wola stron umowy, że celem transakcji jest nabycie usługi kompleksowej, a nie poszczególnych wyodrębnionych świadczeń, nie decyduje o zakresie opodatkowania podatkiem od towarów i usług.”

b) wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2016 r. sygn. KIO 503/16 „Jeżeli świadczenia można rozdzielić tak, że nie zmieni to ich charakteru ani wartości z punktu widzenia nabywcy, wówczas świadczenia takie powinny być raczej traktowane jako dwa niezależnie opodatkowane świadczenia. (...) W sytuacji gdy na rynku istnieją firmy zajmujące się wyłącznie pracami czerpalnymi, jak i firmy zajmujące się wyłącznie usługami z zakresu badań gruntu, to należy przyjąć, że świadczenia te, w aspekcie ekonomicznym, teoretycznie mogłyby być zlecone samodzielnie i mogłyby zostać zrealizowane niezależnie.”

Usługa ujęta w pozycjach 45 i 49 dotycząca systemu RFID oraz w pozycji 48 (wyposażenie pojemników w naklejki) nie figuruje w załączniku nr 3 do ustawy o VAT, oraz nie jest usługą pomocniczą i częścią usługi kompleksowej tak więc nie ma do niej zastosowanie obniżonej stawki VAT.

Co do pozycji 48 i 49 (ponownie) oraz 50 i 51 dotyczą one de facto przekazania towarów Zamawiającemu (naklejek na pojemniki już ustawione na terenie gminy), pojemników na przeterminowane leki i zużyte baterie i akumulatory przenośne), czyli dostawy towarów. Zapis SIWZ dotyczący czujników RFID (czipów) Rozdział III Opis Przedmiotu Zamówienia pkt 12 w brzmieniu „Po dniu 31.12.2021 r. wszystkie zamontowane znaczniki RFID Wykonawca prześle nieodpłatnie Zamawiającemu a jego koszt będzie uregulowany w miesięcznych ratach w terminie od 01.01.2021 do 31.12.2021 r. jednoznacznie wskazuje, iż pozycja 49 dotyczy sprzedaży - dostawy w rozumieniu ustawy o VAT. Zgodnie z art. 7 ust. 2 ustawy o VAT przez dostawę towarów rozumie się również przekazanie nieodpłatnie przez podatnika towarów należących do jego przedsiębiorstwa.

Sugeruje to również odpowiedź Zamawiającego z dnia 19 października 2020 r. o treści:

„ Odpowiedź nr 1: Zapłata za montaż czipów RFID będzie należna wykonawcy po faktycznym wykonaniu zlecenia montażu czipów RFID i uregulowana będzie w miesięcznym wynagrodzeniu Wykonawcy, po uwzględnieniu ilości zamontowanych czipów x ceny jednostkowej wskazanej w formularzu cenowym. Na koniec umowy, po dniu 31.12.2021 r. dane czipy zostaną „przekazane nieodpłatnie,, Zamawiającemu. „Przekazanie nieodpłatnie" czyli zinwentaryzowane w zakresie ilości faktycznie zamontowanych czipów w ciągu roku z uwzględnieniem ich faktycznego stanu na dzień 31.12.2020 r'

Jeśli chodzi o pozycje 50 i 51 formularza cenowego postanowienie Rozdziału VI pkt. 5 SIWZ Odbiór i zagospodarowanie odpadów zbieranych selektywnie z miejsc ogólnodostępnych również jednoznacznie wskazuje na dostawę w rozumieniu ustawy o podatku od towarów i usług: „5. Pojemniki o których mowa w pkt 3 przekazane zostaną bezpłatnie na własność Gminy Miękinia w ostatnim dniu obowiązywania umowy w formie protokołu zdawczo-odbiorczego określającego ilość pojemników oraz ich stan techniczny."

Mimo, że Zamawiający zaznacza nieodpłatny charakter przekazania w świetle obowiązujących przepisów, opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług - co do zasady - podlega każde nawet nieodpłatne przekazanie towarów należących do przedsiębiorstwa, z którym wiąże się przeniesienie prawa do rozporządzania towarami jak właściciel. Powyższe pozycje należy więc traktować jako dostawę opodatkowaną stawką 23%. Jak wynika z przepisów ustawy o VAT zasadą jest opodatkowanie odpłatnej dostawy i odpłatnego świadczenia usług według stawki

podstawowej.

Wszelkie obniżone stawki i zwolnienia od podatku należy interpretować ściśle i wyłącznie w sytuacjach dokładnie określonych w przepisach.

Zarzut zastosowania nieporównywalnych cen różniących się stawkami VAT naruszając zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lipca 2017 r. sygn. KIO 1248/17 oferty, dla których w tych samych okolicznościach faktycznych i prawnych zastosowano różne stawki podatku VAT są nieporównywalne. Stąd ustalenie prawidłowej stawki podatku VAT jest istotne dla zachowania zasady równego traktowania wykonawców.

Obaj wykonawcy Chemeko-System i Odwołujący złożyli odmienne wyjaśnienia w kwestii zastosowania stawek VAT dla pozycji 45, 48, 49, 50, 51 formularza cenowego. Zamawiający nie zakwestionował podanych przez nich stawek, mimo że Chemeko-System wskazywało że pozycje 45, 48, 49, 50, 51 formularza cenowego wchodzi w skład kompleksowej usługi odbioru i zagospodarowania odpadów podczas gdy ALBA wyjaśniało, że usługi te nie wchodzi w skład usługi kompleksowej, ponieważ nie są na tyle blisko związane z głównym przedmiotem świadczenia, by podatnik mógł zastosować preferencyjną stawkę VAT, ani też nie są one wyraźnie wskazane w załączniku nr 3 ustawy o VAT, ani też nie stanowią usług w rozumieniu ustawy o VAT, lecz dostawę. Przy takiej rozbieżności stanowisk Zamawiający powinien zweryfikować, która ze stawek VAT w świetle przepisów powszechnie obowiązującego prawa powinna mieć zastosowanie. Nie jest żadnym novum, że zamawiający weryfikują we własnym zakresie stosowane stawki VAT, ponieważ zgodnie z art. 89 ust. 1 ustawy o VAT obowiązkiem Zamawiającego jest odrzucenie oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny.

Odwołujący ponownie przywoła orzecznictwo Sądu Najwyższego (sygn. akt III CZP 52/11 i III CZP 53/11), które wielokrotnie było podstawą orzekania przez Krajową Izbę Odwoławczą, w którym jasno przedstawiono podstawowe tezy związane z błędnym zastosowaniem stawek VAT;

1. Jeżeli zamawiający opisując w SIWZ sposób obliczenia ceny nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT, wówczas oferta zawierająca stawkę podatku VAT niezgodną z obowiązującymi przepisami podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy.
2. Oferty, dla których w tych samych okolicznościach faktycznych i prawnych zastosowano różne stawki podatku VAT są nieporównywalne. Stąd ustalenie prawidłowej stawki podatku VAT jest istotne dla zachowania zasady równego traktowania wykonawców.

Jak stwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z 20.10.2011 r. (sygn.. III CZP 52/11) o porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny, można mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównywania, zostały obliczone przez wykonawców zabiegających o uzyskanie zamówienia publicznego z zachowaniem tych samych reguł. Stąd - w ocenie SN - „przy wykonywaniu przez zamawiającego obowiązku zbadania, czy oferty wykonawców nie zawierają błędów w obliczeniu ceny, przy równoczesnym braku w ustawie przedmiotowych ograniczeń przy dokonywaniu przez niego takiej kontroli, ocenie zamawiającego musi także podlegać przyjęcie przez wykonawcę prawidłowej stawki podatku VAT, ponieważ podatek ten jest bez wątpienia elementem cenotwórczym."

Natomiast według wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 25 kwietnia 2017 r., sygn.. XXIII Ga 365/17, Legalis tylko oferty zawierające skalkulowane przez wykonawców ceny netto stają się porównywalne, o ile ostateczną wartość (cenę brutto) uzyskano przy zastosowaniu jednolitej, obiektywnie sprawdzalnej, bo wynikającej z obowiązujących przepisów, stawce podatku VAT. Bez znaczenia przy tym pozostaje, czy zastosowanie błędnej stawki podatku VAT było działaniem intencjonalnym wykonawcy, czy też jedynie efektem błędu w dokonaniu interpretacji przepisów podatkowych. Wskazanie w ofercie przez wykonawcę niższej, niż wynikająca z obowiązujących przepisów, stawki podatku VAT i w efekcie uzyskanie niższej ceny brutto, może doprowadzić do wyboru oferty takiego wykonawcy, jako oferty najkorzystniejszej. Nie budzi wątpliwości, że w takiej sytuacji doszłoby do naruszenia wynikającego z art. 7 obowiązku przestrzegania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Z wyżej opisaną sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu, bowiem Chemeko- System w sposób sprzeczny z ustawą o VAT zastosowało preferencyjną stawkę VAT dla usług niepozostających w ścisłym związku z usługą odbioru i zagospodarowania odpadów, a Zamawiający nie odrzucił tej oferty, mimo sprzeczności stawki VAT podanej przez Chemeko - System z ustawą VAT i dokonał wyboru spośród nieporównywalnych ofert (wyraźnie różniących się stawkami VAT). Zatem doszło do przeprowadzenia postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Nawet jeśli obliczenie w ofercie Chemeko-System ceny dokonane z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT, nie było elementem świadomej manipulacji ze strony tego wykonawcy zmierzającego takim, nagannym sposobem, do uzyskania zamówienia publicznego, a tylko rezultatem błędnej interpretacji przepisów określających stawki tego

podatku, to i tak nie uchyla to wystąpienia błędu w obliczeniu ceny. Wskazanie w ofercie przez wykonawcę niższej, niż wynikająca z obowiązujących przepisów, stawki podatku VAT i w efekcie uzyskanie niższej ceny brutto, może doprowadzić do wyboru oferty takiego wykonawcy, jako oferty najkorzystniejszej. Nie budzi wątpliwości, że w takiej sytuacji doszłoby do naruszenia wynikającego z art. 7 obowiązku przestrzegania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (tak: uchwała Sądu Najwyższego Izba Cywilna z dnia 20 października 2011 r., sygn. III CZP 53/11 wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 25 kwietnia 2017 r., sygn. XXIII Ga 365/17).

Zarzut wprowadzenia Zamawiającego w błąd poprzez złożenie wprowadzającego w błąd oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej, która to informacja mogła mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 24 ust. 1 pkt. 17 p.z.p.)

Oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej zostało złożone przez Chemeko-System dnia 2 listopada 2020 r. o godz. 14.58, czyli po otwarciu ofert, które miało miejsce tego dnia o godz. 12.00. W chwili składania oświadczenia Chemeko-System miało świadomość, że ofertę złożył inny oferent, dlatego Chemeko-System powinno zachować należyta staranność i złożyć oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej CHS Holding zgodnie ze stanem faktycznym. Chemeko-System złożyło jednak oświadczenie o treści: Niniejszym oświadczamy, że nie należymy do żadnej grupy kapitałowej.

Oświadczenie to jest oczywiście nieprawdziwe, co potwierdza skonsolidowane sprawozdanie finansowe i skonsolidowane sprawozdanie z działalności grupy kapitałowej CHS Holding sp. z o.o. sporządzone na dzień 31 grudnia 2019 r., zgodnie z którym Chemeko-System jest spółką zależną w wyżej wskazanej grupie kapitałowej. Powyższe poświadcza chociażby fragment sprawozdania z działalności grupy kapitałowej w brzmieniu: Jednostka dominująca CHS Holding sp. z o.o. (...) Spółki zależne, wchodzące w skład konsolidacji: CHEMEKO SYSTEM SP. Z O.O., J.KING SP Z O.O., VIDA VEIS SP. Z O.O., CENTRUM NARCIARSTWA ŻŁOTY GRON SP Z O.O."

Dowód: sprawozdanie z działalności CHS Holding sp. z o.o.

Skoro ustawa p.z.p. nie definiuje pojęcia grupy kapitałowej, pojęcie to należy rozumieć w sposób określony w ustawie z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z definicją zawartą w art. 4 pkt 14 powyższej ustawy przez grupę kapitałową należy rozumieć wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę, z czym mamy do czynienia w przypadku spółki Chemeko-System będącej spółką zależną CHS Holding sp. z o.o.

Skoro Zamawiający przyjął oświadczenie wykonawcy Chemeko-System o braku przynależności do jakiegokolwiek grupy kapitałowej w postępowaniu, w którym ofertę złożył więcej niż jeden podmiot, a Zamawiający nie zgłosił żadnych uwag do treści tego oświadczenia, ani nie wykluczył tego wykonawcy, oznacza to, że Zamawiający przyjął oświadczenie Chemeko-System jako prawdziwe i oparł się o nie dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty. Ewidentnym jest, że fałszywe oświadczenie Chemeko-System mogło mieć negatywny wpływ na decyzję Zamawiającego, który wprowadzony w błąd przez wykonawcę nie zweryfikował, czy oświadczenie to jest prawdziwe. Oświadczenie to jest weryfikowalne w bardzo łatwy i powszechnie dostępny sposób, a mianowicie poprzez dostęp do dokumentów finansowych spółek za pośrednictwem Portalu Ministerstwa Sprawiedliwości <https://ekrs.ms.aov.pl/>. jak również wynika z odpisu KRS spółki Chemeko-System. Fałszywe oświadczenie Chemeko-System mogło choćby potencjalnie wywołać skutek w postaci wybrania przez Zamawiającego oferty innego podmiotu z grupy kapitałowej, do której wykonawca ten należy, co ma niewątpliwie istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Normy prawne obejmujące obowiązek złożenia oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej (art. 24 ust. 11 p.z.p.) są powiązane z procedurą oceny braku podstaw do wykluczenia, tj. mechanizmów mających na celu ochronę uczciwej konkurencji (art. 24 ust. 1 pkt 23 p.z.p.) - powinny być zatem oceniane i wykładane ze względu na cel, dla którego zostały wprowadzone do systemu prawnego.

Dla rozważań dotyczących przesłanki wykluczenia z art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych istotne jest jedynie zachowanie wykonawcy i treść informacji (mogącej mieć wpływ na decyzje zamawiającego), natomiast stan wiedzy czy zachowanie zamawiającego nie ma żadnego znaczenia. W szczególności nie ma znaczenia czy zamawiający został skutecznie wprowadzony w błąd na skutek czego podjął jakiegokolwiek decyzje czy wykonał jakiegokolwiek czynności. Nawet gdyby zamawiający w powołaniu na wypracowane notorium (uwzględniając stan wiedzy posiadanej przez zamawiającego) zachowałby ostrożność w podejmowaniu decyzji, to samo podanie informacji nieprawdziwej wypełnia przesłankę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia.

Przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych są przesłankami obligatoryjnymi wykluczenia na gruncie ustawy krajowej co oznacza że zamawiający nie może odstąpić od czynności wykluczenia wykonawcy, który przedstawił informacje wprowadzające w błąd. Przy czym przy niedbałym przedstawieniu wprowadzających w błąd informacji ocena jego istotności jest uzależniona od tego czy mógł,

a nie czy miał wpływ na decyzje w sprawie udzielenia zamówienia. Wystarczające jest dla wykluczenia wykonawcy to aby podana informacja mogła jedynie potencjalnie wpłynąć na decyzje zamawiającego. Przyjęcie stanowiska, że ocena istotnego wpływu jest zależna od stanu wiedzy zamawiającego rodzi niebezpieczne skutki, gdyż uzależnia ocenę kłamstwa od tego czy zamawiający dał się okłamać, czy też nie. Każde kłamstwo świadczy o nierzetelności wykonawcy, a przyjęcie, że nie można wykluczyć wykonawcy, którego kłamstwo wykrył zamawiający, prowadziłoby do przerzucania na zamawiających odpowiedzialności, za informacje podawane przez wykonawców. - tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2020 r., sygn. KIO 104/20.

Składając fałszywe oświadczenie w omawianym zakresie Chemeko-System mogło mieć na celu wyeliminowanie obowiązku wyjaśnienia, czy relacje istniejące pomiędzy wykonawcami nie doprowadziły do naruszenia uczciwej konkurencji w postępowaniu. Dlatego informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w postępowaniu, a zachowanie jakiego dopuściło się Chemeko-System nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia.

W świetle powyższego orzecznictwa KIO wykonawca Chemeko-System, który złożył Zamawiającemu wyraźnie fałszywe oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej, mimo że formularz oświadczenia przewidywał inne możliwości odpowiedzi, powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta uważana za odrzuconą.

Mając na uwadze powyżej przedstawione okoliczności Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Załączniki:

1. Informacja odpowiadająca odpisowi z rejestru przedsiębiorców KRS dla WPO ALBA S.A.
2. Odpis pełnomocnictwa od WPO ALBA S.A.
3. Dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa
4. Dowód uiszczenia wpisu
5. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu
6. Zbiorcze zestawienie ofert w przetargu
7. Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty
8. Pismo Zamawiającego z dnia 3 listopada 2020 r.
9. Oferta Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A.
10. Formularz cenowy WPO ALBA S.A.

11. Oferta Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów
12. Formularz cenowy Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów
13. Wyjaśnienia WPO ALBA S.A.
14. Wyjaśnienia Chemeko-System
15. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia
16. Odpis KRS Chemeko-System
17. Oświadczenie Chemeko-System o braku przynależności do grupy kapitałowej
18. Skonsolidowane sprawozdanie z działalności grupy kapitałowej CHS Holding sp. z o.o.
19. Wzór naklejek

Stanowisko Przystępującego z dnia 6 listopada 2020r. na wezwanie zamawiającego

Chemeko-System stoi na stanowisku, że zasadne jest zastosowanie stawki 8% VAT ze względu na kompleksowość usługi zagospodarowania odpadów świadczonej na rzecz Zamawiającego, na którą składają się wskazane czynności ujęte w zestawieniu cenowym.

Przystępujący następująco wyjaśnił swoje stanowisko.

Świadczenia kompleksowe

Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 1 Ustawy, opodatkowaniu ww. podatkiem podlegają odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju.

Kierując się wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej również jako: TSUE z dnia 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 należy przyjąć, że co do zasady każde świadczenie dla celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług powinno być traktowane jako odrębne i niezależne, jednak nierzadko zdarza się, że w ramach określonej transakcji gospodarczej należy wykonać szereg świadczeń, których realizacja prowadzi do jednego, wspólnego celu, aby zrealizować daną usługę. Takie świadczenia określa się mianem świadczeń kompleksowych.

Pomimo faktu, że Ustawa nie wyróżniła świadczeń kompleksowych jako odrębnego przedmiotu opodatkowania, to świadczenia takie rzeczywiście funkcjonują w obrocie gospodarczym. Brak legalnej definicji świadczenia kompleksowego w przepisach Ustawy niejednokrotnie powoduje powstawanie wątpliwości co do ujmowania takich transakcji na

potrzeby podatku od towarów i usług, jednak nie wykluczenia uznania ich za takie.

W tym miejscu pomocna okazuje się utrwalona linia orzecznicza Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, która definiuje pojęcie świadczenia kompleksowego oraz formułuje przesłanki rozpoznania świadczeń kompleksowych, a także wskazuje sposób kwalifikacji takiego świadczenia na potrzeby podatku od towarów i usług. Składają się na nią wyroki TSUE wydawane m.in. w przytoczonej sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd, w sprawie C111/05 Aktiebolaget NN oraz w sprawie C-231/94 Faaborg-Gelting Linien.

Definicja świadczenia kompleksowego

Jak stanowi wyrok TSUE z 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04 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.**

W przytoczonym wyroku, TSUE wskazuje również, że istotne jest określenie istoty świadczeń z uwzględnieniem wszystkich okoliczności danej sprawy. Ważne jest więc ustalenie czy świadczenia są ze sobą ściśle związane w taki sposób, że samodzielnie nie przynoszą wymaganej praktycznej korzyści z punktu widzenia odbiorcy świadczenia.

Tożsame stanowisko zaprezentowano w wyroku TSUE z dnia. 21 lutego 2008 r. w sprawie C425/06 Ministero dell'Economia e delle Finanze przeciwko Part Service Srl, w którym sformułowano kryteria przesądzające o tym, kiedy występuje świadczenie złożone. TSUE ponownie potwierdził, że ma ono miejsce w sytuacji, gdy:

1. świadczenie pomocnicze nie stanowi celu samego w sobie, lecz stanowi środek do korzystania na jak najlepszych warunkach z usługi podstawowej,
2. poszczególne czynności są ze sobą tak ściśle związane, że ich rozdzielenie miałoby charakter sztuczny.

Powyższe poglądy znajdują również potwierdzenie w wyrokach w sprawie C-88/09 Graphic Procede TSUE oraz w sprawie C-2/95 Sparekassernes Datacenter- (SDC).

W tym miejscu należy zaznaczyć, że Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej dokonuje interpretacji przepisów dotyczących podatku od towarów i usług, który to podatek powinien być zharmonizowany na terytorium wszystkich państw członkowskich Unii Europejskiej. Sposób rozumienia pewnych pojęć zaprezentowany przez TSUE powinien być więc wspólny we wszystkich krajach członkowskich Unii Europejskiej.

Usługa główna oraz usługi pomocnicze

W praktyce wykształciło się założenie, że w ramach świadczenia kompleksowego można wyróżnić usługę główną, która ma charakter wiodący oraz usługi pomocnicze, które mają charakter wtórny i wspomagający dla usługi głównej. Potwierdzają to wyroki TSUE wydawane na przestrzeni lat m.in. wyrok TSUE z dnia 10 listopada 2016 r. sprawie C-432/15 oraz wyrok TSUE z dnia 11 lutego 2010 r. w sprawie C-88/09.

Jak wskazuje pierwszy z przytoczonych wyroków: „Jedna transakcja występuje w szczególności wtedy, gdy dwa lub więcej elementów albo dwie lub więcej czynności, dokonane przez podatnika, są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie tylko jedno niepodzielne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny. Mamy również do czynienia z jedną usługą w przypadku, gdy kilka elementów powinno zostać uznanych za konstytutywne dla usługi głównej, podczas gdy, przeciwnie, jedna lub więcej usług powinny być postrzegane jako jedna lub więcej usług pomocniczych, dzielących w zakresie opodatkowania los prawny usługi głównej”.

Stanowisko prezentowane przez TSUE wskazuje na to, że świadczenia pomocnicze podlegają opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług na takich samych zasadach jak świadczenie główne, natomiast świadczeniem pomocniczym jest takie świadczenie, które służy lepszemu wykorzystaniu świadczenia głównego (wyrok TSUE w sprawie C-349/96).

Tożsamy pogląd wyraża się również w polskim orzecznictwie. W interpretacji indywidualnej Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 5 lutego 2019 r. o sygn. 0114KDIP4.4012.795.2018.2.RK, organ podatkowy podkreślił, że z ekonomicznego punktu widzenia usługi nie powinny być dzielone dla celów podatkowych wówczas, gdy tworzyć będą jedną usługę kompleksową, obejmującą kilka świadczeń pomocniczych: Określił również przesłanki do stwierdzenia czy dana usługa stanowi usługę złożoną:

(...) stwierdzić należy, że ze świadczeniem usługi złożonej (kompleksowej) mamy do czynienia wówczas, gdy świadczenie usługodawcy jest rozbudowane i obejmuje dwie lub więcej pojedynczych czynności (świadczeń), będących elementami częściowego zobowiązania strony transakcji, Jednocześnie usługa taka, jeśli może zostać uznana za usługę o charakterze złożonym, podlega opodatkowaniu jednolitą stawką podatku od towarów i usług, właściwą dla świadczenia podstawowego, głównego.

Przedmiotem rozważań organu w przedstawionej interpretacji indywidualnej było zastosowanie 8% stawki VAT dla kompleksowej usługi w zakresie usuwania i obróbki odpadów. Organ podatkowy zaznaczył, że w ramach zamówienia Wnioskodawca będzie wykonywał szereg czynności, m.in. oznaczenie prób odpadów, transport odpadów, unieszkodliwienie odpadów oraz ochrona terenu prac. **Zaznaczył, że wszystkie te czynności prowadzą do wykonania konkretnej usługi, która w tym przypadku jest usługą unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych lub innych niż niebezpieczne.**

Czynności te tworzą jedną całość, a ich podział na odrębne usługi miałby charakter sztuczny.

Przesłanki uznania świadczenia za świadczenie kompleksowe

Podsumowując, na podstawie Dyrektyw Unii Europejskiej, a także na podstawie orzecznictwa Trybunatu Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz orzecznictwa krajowego można sformułować przesłanki, które wskazują kiedy dane świadczenie należy potraktować jako świadczenie kompleksowe:

Transakcja składa się z wielu elementów składowych.

Jak bowiem wskazuje ugruntowana linia orzecznicza, jedna transakcja występuje w wypadku, gdy dwa lub więcej elementów albo dwie lub więcej czynności dokonane przez podatnika, są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie tylko jedno niepodzielne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny (wyroki TSUE: z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04 Levob Verzekeringen i OV Bank, Zb. Orz. s. 1-9433; z dnia 29 marca 2007 r. w sprawie C-111/05 Aktiebolaget NN, Zb. Orz. s. 1-2697).

Jeden z elementów transakcji stanowi świadczenie główne

Oprócz orzecznictwa Trybunatu Sprawiedliwości Unii Europejskiej, również w wyroku WSA w Gdańsku z dnia 6 lutego 2018 r., sygn. akt I SA/Gd 1727/17 sąd podkreślił, iż o kompleksowości świadczeń można mówić, gdy czynności są tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie tylko jedno nierozzerwalne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, albo gdy co najwyżej jeden element stanowi świadczenie główne, podczas gdy przeciwnie, jedno lub więcej świadczeń jest postrzegane jako jedno lub więcej świadczeń pomocniczych dzielących los świadczenia głównego.

Wyjaśnienie zastosowanej stawki VAT dla poszczególnych pozycji w zestawieniu cenowym

Wyjaśnienie dotyczące pozycji 45, 48, 49 zestawienia cenowego na potrzeby Przetargu

Wskazane w Wezwaniu pozycje 45, 48 oraz 49 są bezpośrednio związane z systemem RFID, który wspiera proces zarządzania gospodarowania odpadami oraz dotyczą odpowiednio:

poz. 45 - wdrożenia i utrzymania systemu RFID na terenie gminy Miękinia,

poz. 48 - wyposażenia urządzeń do zbierania odpadów-pojemników w naklejki określające rodzaj zbieranych odpadów,

poz. 49 - wyposażenia urządzeń do zbierania odpadów-pojemników w transpondery RFID (czipy).

System RFID (ang. Radio-Frequency Identification) to technika wykorzystująca fale radiowe do przesyłania danych oraz zasilania elektronicznego układu stanowiącego etykietę obiektu przez czytnik w celu identyfikacji obiektu. W gospodarowaniu odpadami funkcjonalność tego systemu polega przede wszystkim na efektywnym zarządzaniu i kontrolowaniu gospodarki odpadami oraz procesu recyklingu.

W związku z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z 29 grudnia 2016 r. w sprawie szczegółowego sposobu selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów, po stronie gmin powstała potrzeba identyfikowania oraz kontrolowania odpadów, a także ich wytwórców w celu zastosowania się do ujednoczonych standardów selektywnego zbierania odpadów. System RFPD stanowi więc narzędzie służące do monitorowania rodzajów odpadów, których pozbywają się mieszkańcy nieruchomości, zdefiniowania poprawności prowadzonej segregacji odpadów oraz kontroli poprawnego wykonywania usługi odbioru odpadów przez wykonawców.

W kontekście 8% stawki VAT zastosowanej dla pozycji 45, 48 oraz 49 należy wskazać, że usługi zawierające się w wymienionych pozycjach stanowią usługi pomocnicze dla usługi głównej polegającej na gospodarowaniu odpadami, która zgodnie z poz. 27 i nast. Załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług została objęta preferencyjną stawką 8%. Stanowią one swoiste wsparcie procesu gospodarowania odpadami oraz służą optymalizacji tego procesu.

Gmina Miękinia w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej również jako: SIWZ) określiła, że przetarg przeprowadzony jest pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Miękinia w 2021 roku” co może determinować rozumienie przedmiotu Przetargu właśnie jako „odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych”. Wdrożenie oraz korzystanie z systemu RFID bynajmniej nie stanowi celu samego w sobie, a jedynie służy optymalizacji oraz wspiera zarządzanie procesem gospodarowania odpadów.

W wyroku z dnia 13 stycznia 2015 r. w sprawie I FSK 1913/13 Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, że w szczególności świadczenie należy uznać za dodatkowe w stosunku do świadczenia głównego, jeżeli nie stanowi ono dla klienta celu samo w sobie, lecz służy skorzystaniu w jak najlepszy sposób ze świadczenia głównego. Przenosząc przedstawione stanowisko na grunt rozpoznawanej sprawy należy wskazać, że zarówno usługi wykazane w pozycji 45, jak i w pozycji 48 oraz 49 zestawienia cenowego stanowią jedynie usługi wspomagające działania związane z gospodarowaniem odpadów, a nie usługę główną

świadczoną na rzecz gminy. Wdrożenie systemu RFID jedynie na potrzeby samego jego wdrożenia nie generowałoby dla odbiorcy żadnej wartości, ponieważ system ten służy zarządzaniu innymi procesami i ma w stosunku do nich charakter pomocniczy.

Również w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 20 lutego 2019 r. w sprawie III SA/Wa 1077/18 pojawiła się kwestia usługi głównej oraz pomocniczej, gdzie WSA zaznaczył, że dla poprawnego ich określenia pod uwagę należy wziąć podstawową potrzebę odbiorcy, Uznanie za usługę kompleksową świadczenia polegającego na termicznym przekształceniu odpadów wraz z innymi działaniami Sąd argumentował następująco:

„Reasumując, opis zdarzenia przyszłego zdaniem sądu pierwszej instancji wskazuje, że podstawową potrzebą odbiorcy w zakresie inwestycji a tym samym najistotniejsza z gospodarczego punktu widzenia nabywcy jest usługa termicznego przekształcania odpadów a nie usługa obejmująca serwisowanie i utrzymanie instalacji. Z perspektywy Zamawiającego, celem wiodącym Przedsięwzięcia (świadczeniem zasadniczym, dominującym) jest termiczne przetworzenie odpadów z odzyskiem energii. Natomiast wykonanie przez partnera prywatnego pozostałych czynności wschodzących w skład Obsługi będzie mieć wartość funkcjonalną dla Zamawiającego wyłącznie pod takim warunkiem, że czynności te będą realizowane łącznie ze świadczeniem zasadniczym (dominującym), jakim jest termiczne przetwarzanie odpadów. Z punktu widzenia Zamawiającego, aktywności dodatkowe (tj. inne niż świadczenie zasadnicze w postaci termicznego przetwarzania odpadów) realizowane przez Wykonawcę w Okresie Obsługi albo (jak czynności utrzymania/zarządzania i konserwacji Instalacji) będą środkiem do lepszego wykonania usługi zasadniczej w postaci termicznego przetwarzania odpadów, albo (jak odzysk energii) podwyższą jakość, w szczególności, standard ekologiczny tej usługi. ”

Dodatkowo WSA orzekł, że z uwagi na to, że ww. usługi potraktowano jako usługę kompleksową to dla wszystkich z nich właściwe będzie zastosowanie stawki podatku w wysokości 8%.

Odnosząc argumentację wyrażoną w powyższym wyroku odpowiednio do pozycji 45, 48 oraz 49 zestawienia cenowego wskazać należy, że zarówno wdrożenie i utrzymanie systemu RFID, wyposażenie urządzeń do zbierania odpadów-pojemników w naklejki określające rodzaj zbieranych odpadów oraz wyposażenie urządzeń do zbierania odpadów-pojemników w transpondery RFID (czipy) nie będą mieć dla Zamawiającego wartości funkcjonalnej, jeśli nie będą służyć usłudze głównej. Wymienione działania pomocnicze będą tworzyć wartość dla Zamawiającego jedynie w przypadku wspierania i połączenia z usługą główną, którą jest zagospodarowanie odpadów.

W orzeczeniu w sprawie C-41/04 Levob Verzekeringen, TSUE analizował problem związany z dostarczeniem nabywcy typowego, standardowego oprogramowania oraz - jednocześnie usługi jego dostosowania do indywidualnych potrzeb klienta, przy czym klient otrzymywał od dostawcy od razu oprogramowanie dostosowane do jego potrzeb. Powstała więc wątpliwość czy takie świadczenie na rzecz podatnika miało charakter jednorodny. W celu określenia, czy mamy do czynienia z usługą kompleksową należy - wg TSUE poszukiwać elementów charakterystycznych dla rozpatrywanej usługi celem określenia, czy podatnik dostarcza konsumentowi kilka odrębnych świadczeń głównych, czy też jedno świadczenie. We wskazanym orzeczeniu TSUE wskazał na konieczność dokonania analizy charakteru transakcji także z punktu widzenia nabywcy.

Zarówno w omawianym wyroku, jak i w przedmiotowej sprawie to właśnie perspektywa nabywcy powinna być podstawą do ustalenia, jaki jest rzeczywisty charakter świadczenia. Trybunał podkreślił fakt, iż w rozpatrywanej przez niego sprawie: nabycie przez klienta samego standardowego oprogramowania nie było w żaden sposób użyteczne”, Również w kontekście Przetargu wdrażany przez Wykonawcę system RFID-dla Zamawiającego będzie wartości dopiero po przystosowaniu systemu i jego infrastruktury (pojemniki, naklejki, chipy) do potrzeb Gminy w bezpośrednim połączeniu z usługą gospodarowania odpadami przez Wykonawcę, a nie w momencie wdrożenia systemu samego w sobie. System RFID bez powiązania go z usługą główną nie spełnia swojego celu, którym jest optymalizacja oraz zarządzanie procesem zagospodarowania odpadów.

Potwierdzeniem prawidłowości stanowiska Wykonawcy jest również interpretacja indywidualna wydana przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej dnia 7 marca 2019 r. sygn. 0115-KDIT1-1.4012.923.2018.2.RH. O wydanie interpretacji indywidualnej zwróciła się Gmina, która zamierzała przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na transport i unieszkodliwienie nielegalnie zmagazynowanych odpadów. W SIWZ wskazano, że przedmiot zamówienia będzie obejmował szereg czynności polegających na oznaczaniu próbek odpadów (określanie kodów odpadów oraz ich składu), transporcie odpadów z miejsca magazynowania do miejsca unieszkodliwienia oraz przygotowaniu odpadów do transportu, unieszkodliwieniu odpadów płynnych (w tym niebezpiecznych) oraz na zabezpieczeniu miejsca magazynowania. Wątpliwości Gminy dotyczyły ustalenia czy wymienione usługi stanowić będą usługę kompleksową czy też każda z usług wchodzących w skład zamówienia powinna zostać opodatkowana odrębnie, właściwą dla niej stawką.

W niniejszej interpretacji organ podatkowy kierując się orzecznictwem TSUE prawidłowo ocenił stanowisko Gminy, w którym Gmina uznała, że będzie miała do czynienia z usługą kompleksową i przychylił się do opodatkowania tej usługi jednolitą stawką VAT wynoszącą

8%. Swoje stanowisko Gmina argumentowała tym, że „wszystkie wymienione w umowie czynności, które będą realizowane przez wyłonionego w drodze przetargu Wykonawcę są niezbędne i wymagane do zakończenia usługi. Wnioskodawca wskazuje, iż bez zbadania próbek i sklasyfikowania odpadów, nie można dokonać kolejnych czynności w zakresie zagospodarowania lub unieszkodliwienia. Następnie, nie ma możliwości wykonania przedmiotowej usługi bez transportu odpadów do wyspecjalizowanego w zakresie gospodarowania odpadami przedsiębiorstwa wykonawcy. Również usługa ochrony całego procesu likwidacji składowiska (m.in. ochrona przed kradzieżą sprzętu, maszyn, złomu, ochrona przed podpaleniem czy niekontrolowanym wstępem osób nieupoważnionych) jest niezbędnym i nierozłącznym elementem w procesie likwidacji nielegalnego składowiska.

Na podstawie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, analizy dotyczącej świadczeń kompleksowych oraz stanowisk wyrażonych w orzeczeniach Sądów Administracyjnych należy stwierdzić, że odpowiednio:

- poz. 45 - wdrożenia i utrzymania systemu RFID na terenie gminy Miękinia,
- poz. 48 - wyposażenia urzędzeń do zbierania odpadów-pojemników w naklejki określające rodzaj zbieranych odpadów,

poz. 49 - wyposażenia urzędzeń do zbierania odpadów-pojemników w transpondery RFID (czyipy),

stanowią usługi pomocnicze dla usługi głównej polegającej na gospodarowaniu odpadami, w związku z czym podlegają opodatkowaniu stawką właściwą dla usługi głównej tj. stawką 8% zgodnie z poz. 27 i nast. Załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług.

Wyjaśnienie dotyczące pozycji 50 i 51 zestawienia cenowego na potrzeby Przetargu

W myśl art. 3 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach zadaniem gminy jest zapewnienie czystości i porządku na swoim terenie oraz stworzenie warunków niezbędnych do ich utrzymania, a w szczególności tworzenie punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych w sposób zapewniający łatwy dostęp dla wszystkich mieszkańców gminy, które zapewniają przyjmowanie co najmniej takich odpadów komunalnych jak m.in. przeterminowane leki, zużyte baterie i akumulatory.

Wskazane w Wezwaniu pozycje 50 oraz 51 dotyczą odpowiednio:

- Poz. 50 - wyposażenia w pojemniki do zbierania przeterminowanych leków,

- Poz. 51 — wyposażenia w pojemniki do zbierania zużytych baterii i akumulatorów przenośnych.

Powyższe pozycje odzwierciedlają część obowiązków nałożonych na gminę w zakresie administrowania, przechowywania, gospodarowania oraz przygotowania do dalszego transportu odpadów zbieranych selektywnie. Stanowią również przedmiot zamówienia w Przetargu.

Zgodnie z art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach przez gospodarowanie odpadami rozumie się zbieranie, transport, przetwarzanie odpadów, łącznie z nadzorem nad tego rodzaju działaniami, jak również późniejsze postępowanie z miejscami unieszkodliwiania odpadów oraz działania wykonywane w charakterze sprzedawcy odpadów lub pośrednika w obrocie odpadami, natomiast zgodnie z ust. 6 odpadami są wszystkie substancje lub przedmioty, których posiadacz się pozbywa, zamierza się pozbyć lub do których pozbycia się jest obowiązany.

W SIWZ wskazano, że przedmiot zamówienia obejmuje odpowiednio odbieranie, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych powstałych i zebranych nie tylko na wszystkich nieruchomościach położonych w granicach administracyjnych Gminy Miękinia, ale również z punktów ogólnodostępnych oraz z punktu selektywnego zabierania odpadów komunalnych (dalej również jako: PSZOK), czyli punktów w których składowane są m.in. odpady, o których mowa w pozycji 50 oraz 51 tj. przeterminowane leki, zużyte baterie i akumulatory przenośne.

Mając na uwadze obowiązki jakie nakłada na gminę ustawa o odpadach, ustawa o utrzymaniu czystości i porządku, a także Rozporządzenie Ministra Środowiska z 29 grudnia 2016 r. w sprawie szczegółowego sposobu selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów, wskazać należy, że pozycje 50 oraz 51 zestawienia cenowego stanowią nieodłączne elementy usługi związanej z gospodarowaniem odpadami, a tym samym bezpośrednio przekładają się na realizację obowiązków gminy i zapewniają kompletność ich wykonania.

Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej w interpretacji indywidualnej z dnia 12 lutego 2018 r. sygn. 0114-KDIP1-1.4012.624.2017.2.KBR wyraził stanowisko tożsame ze stanowiskami TSUE wcześniej prezentowanymi w niniejszym Wyjaśnieniu. Organ podatkowy wskazał, że:

W konsekwencji, jeżeli podatnik wykonuje więcej niż jedno świadczenie na rzecz klienta i są one ze sobą powiązane tak, że z ekonomicznego punktu widzenia tworzą jedną całość, którą jedynie sztucznie można byłoby podzielić to te elementy lub świadczenia - dla celów podatku od towarów i usług - stanowią jedną czynność. O świadczeniu złożonym można więc mówić,

jeśli istnieje funkcjonalny związek pomiędzy poszczególnymi elementami świadczenia na tyle ścisły, by nie można było wydzielić z tego świadczenia jego poszczególnych elementów i potraktować ich jako świadczeń odrębnych. Muszą one stanowić jedną nierozzerwalną całość.

Za potraktowaniem pozycji 50 i 51 jako usług pomocniczych dla gospodarowania odpadami może przemawiać również fakt, że wykonywaniem wszystkich tych czynności zgodnie z warunkami Przetargu zajmie się jeden podmiot. Odmienna sytuacja została przedstawiona np. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 sierpnia 2020 r. w sprawie KIO 1558/20 gdzie wskazano, że odbiorem odpadów z punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych i odbiorem pozostałych odpadów zajmują się różne podmioty co wyklucza uznanie, że usługa transportu odpadów z PSZOK ma charakter służebny w stosunku do usługi odbioru odpadów od mieszkańców. W związku z tym nie można ich uznać za jedną usługę o charakterze kompleksowym oraz zastosować jednolitej stawki podatku od towarów i usług.

Mając na uwadze przedstawione przepisy prawa, orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz stanowiska organów podatkowych wyrażonych w wydawanych interpretacjach indywidualnych należy stwierdzić, że odpowiednio:

- poz. 50 - wyposażenie w pojemniki do zbierania przeterminowanych leków,
- poz. 51 — wyposażenie w pojemniki do zbierania zużytych baterii i akumulatorów przenośnych,

stanowią usługi pomocnicze dla usługi głównej polegającej na gospodarowaniu odpadami, w związku z czym podlegają opodatkowaniu stawką właściwą dla usługi głównej tj. stawką 8% zgodnie z poz. 27 i nast. Załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług.

Podsumowanie

Wszystkie czynności będące przedmiotem niniejszego Wyjaśnienia należy traktować jako element jednego świadczenia kompleksowego wykonywanego na rzecz Zamawiającego, które służy osiągnięciu wspólnego celu oraz pomoc przy wypełnianiu obowiązków Gminy w zakresie gospodarowania odpadami. Każda ze wskazanych pozycji służy wykonaniu przedmiotu Przetargu oraz stanowi czynność pomocniczą, która służy wyłącznie wykonaniu czynności głównej.

Zastosowanie jednolitej stawki podatku od towarów i usług w odniesieniu do czynności wskazanych w niniejszym Wyjaśnieniu jest działaniem prawidłowym w kontekście potraktowania ich jako świadczenia kompleksowego. Odpowiednio wdrożenie i utrzymanie

systemu RFID na terenie gminy Miękinia (poz. 45), wyposażenie urządzeń do zbierania odpadów-pojemników w naklejki określające rodzaj zbieranych odpadów (poz. 48), wyposażenie urządzeń do zbierania odpadów-pojemników w transpondery RFID (czyipy) (poz. 49), wyposażenie w pojemniki do zbierania przeterminowanych leków (poz. 50) oraz wyposażenie w pojemniki do zbierania zużytych baterii i akumulatorów przenośnych (poz. 51) stanowią świadczenia pomocnicze dla gospodarowania odpadami i służą jemu najlepszemu wykonaniu.

Wymienione czynności tworzą obiektywnie jedno nierozzerwalne świadczenie gospodarcze i dzielają los świadczenia głównego, co przesądza o opodatkowaniu ich jednolitą stawką podatku od towarów i usług odpowiednią dla usługi gospodarowania odpadami, która zgodnie z poz. 27 i nast. Załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług została opodatkowana preferencyjną stawką 8% VAT.

Co do zarzutu dotyczącego przedstawienia informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego

Co więcej, zdaniem Przystępującego, formułowany przez Odwołującego zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp jest przejawem skrajnego formalizmu Odwołującego, a stawiany zarzut pozostaje w całkowitym oderwaniu od celu zarówno przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, jak i art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp.

Celem przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp jest bowiem ochrona zamawiającego przed nieuczciwym, nierzetelnym i nieprofesjonalnym działaniem wykonawców. Takiego zachowania nie sposób jednak przypisać Przystępującemu.

Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2019 r.: „Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest zaś jego celem. Taki również nie jest cel art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Służy on bowiem do eliminowania z postępowania wykonawców, którzy przekazali informacje wprowadzające zamawiającego w błąd co do istotnych elementów postępowania przetargowego.” (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2019 r., sygn. akt: KIO 1576/19, LEX nr 2738640).

W analizowanym stanie faktycznym istotnym elementem dla Postępowania jest zbadanie, czy Przystępujący podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp. Tymczasem odpowiedź na to pytanie jest jednoznaczna Przystępujący nie

podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp, co dla Zamawiającego było wręcz oczywiste.

Godzi się bowiem przypomnieć, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2019 r. poz. 369, 1571 i 1667), złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

A zatem podstawa wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp wystąpi wówczas, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyli wykonawcy, należący do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Tymczasem w postępowaniu zostały złożone tylko dwie oferty.

budziło wątpliwości Zamawiającego, zwłaszcza w kontekście innych dokumentów, jakie w toku Postępowania zostały złożone przez tych wykonawców (np. KRS Przystępującego czy oświadczenie dotyczące przynależności do grupy kapitałowej, jakie złożył Odwołujący).

Skoro tak, to nie można mówić o spełnieniu względem Przystępującego przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Zamawiający nie mógł zostać wprowadzony przez Przystępującego w błąd co do braku podstaw do wykluczenia go z Postępowania, bowiem takich podstaw rzeczywiście nie ma i nie budziło to wątpliwości Zamawiającego. Poza tym okoliczność pozostawania przez Przystępującego w grupie kapitałowej (nie obejmującej Odwołującego) wynika wprost z dokumentu rejestrowego Przystępującego, który był przecież złożony Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp. W świetle powyższego złożona przez Przystępującego informacja dotycząca pozostawania w grupie kapitałowej pozostaje bez znaczenia dla wyniku Postępowania.

Mając powyższe na uwadze nie sposób stawianego przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp za zasadny, zwłaszcza że Odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek tego artykułu, w szczególności możliwości wprowadzenia w błąd Zamawiającego i istotnego wpływu tych informacji na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu.

Odpowiedź na odwołanie zamawiającego z dnia 22.12.2020 r.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości uznając, że po zapoznaniu się z odwołaniem jak i dokumentacją postępowania, dokonał prawidłowego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający pokreślił, że nie narzucił w SIWZ, ani też nie wskazał w udzielonych odpowiedziach, właściwej stawki podatku VAT, jaką winni przyjąć wykonawcy. W związku z tym wykonawcy winni byli ustalić stawkę podatku VAT i zastosować ją przy obliczeniu ceny oferty, wiedząc, że w razie błędnego jej określenia, Zamawiający nie dokona jej poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwana dalej pzp.

W odniesieniu do zarzutu Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp należy w pierwszej kolejności dokonać analizy problemu świadczenia kompleksowego. W tym zakresie wskazać należy, że aby móc sklasyfikować daną usługę jako usługę złożoną (kompleksową) na gruncie podatku od towarów i usług, należy ustalić czy usługa ta składa się z różnych świadczeń, których wykonanie prowadzi do realizacji jednego zamówienia.

W tym miejscu należy podkreślić, że Zamawiający miał świadomość, że co do zasady każde świadczenie dla celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług powinno być traktowane jako odrębne i niezależne. Jednakże w sytuacji, gdy jedna usługa obejmuje z ekonomicznego punktu widzenia kilka świadczeń, usługa ta nie powinna być sztucznie dzielona dla celów podatkowych. Pojedyncze świadczenie ma miejsce zwłaszcza wtedy, gdy jedną lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas gdy inny lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania, co do usługi zasadniczej. Stanowisko takie przedstawił w szczególności Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej - dalej: TSUE - w wyroku z dnia 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd (CPP), ECU:EU:C: 1999:93, stwierdzając, iż: "Pojedyncze świadczenie ma miejsce zwłaszcza wtedy, gdy jedną lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas gdy inny lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania, co do usługi zasadniczej. Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeśli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej".

Nie sposób zatem nie zwrócić uwagi, że pozycje nr 48 i 49 w formularzu ofertowym dotyczące wyposażenia urządzeń do zbierania odpadów — pojemników - w naklejki określające rodzaj zbieranych odpadów oraz wyposażenie urządzeń do odpadów pojemników w transpondery RAD (czyty) są nierozdzielnie związane z czynnością odbioru odpadu. Zapisy w II części SIWZ Opisu Przedmiotu Zamówienia Rozdział III pkt 4,5 jednoznacznie wskazują, że świadczenie jest integralną częścią usługi zasadniczej.

"Przedmiot zamówienia obejmuje: wyposażenie urządzeń do zbierania odpadów-pojemników w transpondery RFID (czyty) oraz ich geolokalizacja w terenie poprzez przypisanie pojemników do punktów wywozowych (...). Oklejanie urządzeń nowych odbywać się będzie podczas wykonywanej usługi oczipowania pojemników oraz Wykonawca będzie prowadził bieżący przegląd pojemników podczas realizacji odbioru i w razie konieczności dokona naklejania nowych. Oklejanie pojemników naklejkami na zgłoszenie od Zamawiającego odbywać się będzie podczas najbliższego wywozu odpadów danej frakcji."

Zatem, za nietrafiony zarzut ze strony Odwołującego należy uznać, że usługa ta może być wykonywana nawet przez każdy podmiot niezależnie od usług polegających na odbieraniu odpadów i nie jest częścią świadczenia złożonego. Ponadto podkreślić należy, że w II części SIWZ Opisu Przedmiotu Zamówienia w pkt 2 Rozdziału V poświęconemu odbieraniu odpadów komunalnym Zamawiający wskazał, że wyposażenie pojemników w transpondery RFID (czyty) jest ściśle połączone z odbiorem odpadu, a nawet stanowi podstawę do jego dokonania.

"W zakresie odbierania odpadów komunalnych Wykonawca zobowiązany jest do: odbierania — Odpadów wyłącznie z „pojemników oczipowanych i - objętych gminnym systemem zbiórki” W ocenie Zamawiającego powyższe elementy pozycji 48 oraz 49 formularza ofertowego to jedne z materiałów do świadczenia usługi zasadniczej, samodzielnie nie przynoszą wymaganej praktycznej korzyści z punktu widzenia odbiorcy świadczenia.

Z punktu widzenia dalszych rozważań na temat świadczenia kompleksowego pytanie brzmi, czy wdrożenie i utrzymanie systemu RFID na terenie gminy Miękinia (pozycja nr 45 określające rodzaj zbieranych odpadów oraz wyposażenie urządzeń do odpadów pojemników w transpondery RFID (czyty) są nierozdzielnie związane z czynnością odbioru odpadu. Zapisy w II części SIWZ Opisu Przedmiotu Zamówienia Rozdział III pkt 4,5 jednoznacznie wskazują, że świadczenie jest integralną częścią usługi zasadniczej.

"Przedmiot zamówienia obejmuje: wyposażenie urządzeń do zbierania odpadów-pojemników w transpondery RFID (czipy) oraz ich geolokalizacja w terenie poprzez przypisanie pojemników do punktów wywozowych (...). Oklejanie urządzeń nowych odbywać się będzie podczas wykonywanej usługi oczipowania pojemników oraz Wykonawca będzie prowadził bieżący przegląd pojemników podczas realizacji odbioru i w razie konieczności dokona naklejenia nowych. Oklejanie pojemników naklejkami na zgłoszenie od Zamawiającego odbywać się będzie podczas najbliższego wywozu odpadów danej frakcji."

Zatem, za nietrafiony zarzut ze strony Odwołującego należy uznać, że usługa ta może być wykonywana nawet przez każdy podmiot niezależnie od usług polegających na odbieraniu odpadów i nie jest częścią świadczenia złożonego. Ponadto podkreślić należy, że w II części SIWZ Opis Przedmiotu Zamówienia w pkt 2 Rozdziału V poświęconemu odbieraniu odpadów komunalnym Zamawiający wskazał, że wyposażenie pojemników w transpondery RFID (czipy) jest ściśle połączone z odbiorem odpadu, a nawet stanowi podstawę do jego dokonania.

"W zakresie odbierania odpadów komunalnych Wykonawca zobowiązany jest do: odbierania—Opadów wyłącznie z pojemników oczipowanych i-objętych gminnym systemem zbiórki" W ocenie Zamawiającego powyższe elementy pozycji 48 oraz 49 formularza ofertowego to jedne z materiałów do świadczenia usługi zasadniczej, samodzielnie nie przynoszą wymaganej praktycznej korzyści z punktu widzenia odbiorcy świadczenia.

Z punktu widzenia dalszych rozważań na temat świadczenia kompleksowego pytanie brzmi, czy wdrożenie i utrzymanie systemu RFID na terenie gminy Miękinia (pozycja nr 45 zamówienia, Zamawiający zawarł jednak szereg innych świadczeń składających się na przedmiot zamówienia, których realizacja ma służyć lepszemu i pełnemu wykorzystaniu świadczenia głównego. Jednym z takich elementów zapewnia system RFID jako narzędzie do: monitorowania rodzajów odpadów, których pozbywają się mieszkańcy nieruchomości, zdefiniowania poprawności prowadzonej segregacji odpadów oraz kontroli wykonywania usługi odbioru odpadów przez wykonawców. Zamawiający stoi na stanowisku, że wskazane w poz. 45 formularza ofertowego wdrożenie i utrzymanie systemu RFID stanowią swoiste wsparcie procesu gospodarowania odpadami i służą optymalizacji tego procesu.

W wyroku z dnia 13 stycznia 2015 r. w sprawie I FSK 1913/13 Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, że świadczenie należy uznać za dodatkowe w stosunku do świadczenia głównego, jeśli nie stanowi ono celu samego sobie, lecz służy skorzystaniu w jak najlepszy sposób ze świadczenia głównego. W ocenie Zamawiającego, realizacja świadczenia jednostkowego w postaci wdrożenia systemu RFID jedynie na potrzeby samego jego wdrożenia nie miałoby w omawianym stanie faktycznym sensu ze względu na brak wartości funkcjonalnej. W jakim

bowiem innym celu niż wykorzystanie w odbieraniu i zagospodarowaniu odpadów komunalnych Zamawiający miałby wdrożyć i utrzymywać technikę wykorzystującą fale radiowe do przesyłania danych oraz zasilania elektronicznego układu stanowiącego etykietę obiektu przez czytnik w celu jego identyfikacji. Podział tych elementów prowadziłby do sztuczności i wypaczałby ekonomiczny i faktyczny cel zamówienia,

W myśl art. 3 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach zadaniem gminy jest zapewnienie czystości i porządku na swoim terenie oraz stworzenie warunków niezbędnych do ich utrzymania, a w szczególności tworzenie punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych w sposób zapewniający łatwy dostęp dla wszystkich mieszkańców gminy, które zapewniają przyjmowanie co najmniej takich odpadów komunalnych, jak m.in. przeterminowane leki, zużyte baterie i akumulatory. W SIWZ wskazano, że przedmiot zamówienia obejmuje odpowiednio odbieranie, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych, powstałych i zebranych nie tylko na wszystkich nieruchomościach położonych w granicach administracyjnych gminy Miękinia, ale również z punktów ogólnodostępnych, czyli punktów w których składowane są m.in. odpady, o których mowa w pozycji 50 oraz 51 tj. przeterminowane leki, zużyte baterie i akumulatory przenośne.

Mając na uwadze obowiązki, jakie nakłada na gminę ustawa o odpadach, ustawa o utrzymaniu czystości i porządku, a także Rozporządzenie Ministra Środowiska z 29 grudnia 2016 r. w sprawie szczegółowego sposobu selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów wskazać należy, że pozycje 50 oraz 51 zestawienia cenowego stanowią nieodłączne elementy usługi związanej z gospodarowaniem odpadami, a tym samym bezpośrednio przekładają się na realizację obowiązków gminy i zapewniają kompletność ich wykonania.

Enumeratywne wskazanie poszczególnych świadczeń w formularzu cenowym sugeruje, że Zamawiający dokona płatności za konkretnie zrealizowane świadczenie. Zamawiający w odpowiedzi na zapytanie Wykonawcy do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w dniu 19 października br. doprecyzował, że „zapłata za montaż czipów RFID będzie należna Wykonawcy po faktycznym wykonaniu zlecenia montażu czipów RFID i uregulowana będzie w miesięcznym wynagrodzeniu Wykonawcy, po uwzględnieniu ilości zamontowanych czipów x ceny jednostkowej wykazanej w formularzy cenowym” .

Samo sformułowanie „przekazanie nieodpłatne” pojawia się tylko w stosunku do protokolarnego przekazania czyli zinwentaryzowania w zakresie ilości faktycznie zamontowanych czipów w ciągu roku, z uwzględnieniem ich faktycznego stanu na dzień 31.12.2020 r.

Podobna sytuacja, jak opisana powyżej ma mieć miejsce w przypadku wyposażenia w pojemniki do zbierania przeterminowanych leków oraz wyposażenia w pojemniki do zbierania zużytych baterii i akumulatorów przenośnych.

W wyroku Krajowa Izba Odwoławcza z dnia 17 stycznia 2020 r., sygn. KIO 2655/19, KIO 2656/19 zwróciła uwagę, "że analiza orzecznictwa pozwala na wskazanie m.in.

następujących aspektów zagadnienia świadczeń kompleksowych:

1) potrzeb konsumenta (nabywcy świadczenia)

W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się, że - rozpatrując problematykę świadczeń złożonych na daną sytuację należy spojrzeć z perspektywy nabywcy (konsumenta, odbiorcy świadczenia) i ocenić, czy w danym przypadku mamy do czynienia z zaspokojeniem jednej potrzeby konsumenta, czy też jest ich wiele i są one względnie niezależne od siebie. Wskazuje się zatem, że jeżeli z punktu widzenia odbiorcy określonego świadczenia istnieje jeden istotny przedmiot świadczenia, a pozostałe mają charakter wtórny lub pomocniczy, mamy do czynienia ze świadczeniem złożonym, którego podział prowadziłby do sztuczności i wypaczałby ekonomiczny oraz faktyczny cel dokonywania transakcji.

Istotne jest to, czy występuje jedno świadczenie złożone z punktu widzenia ekonomicznego.

2) nie pogorszenie jakości świadczeń cząstkowych

Świadczenie można uznać za niezależne i stanowiące odrębne przedmioty opodatkowania (a nie za świadczenia pozostające ze sobą w nierozzerwalnym związku) wówczas, gdy każde z tych świadczeń - jeśli w takich samych okolicznościach było dostarczane odrębnie - miałoby taką samą jakość i charakter dla nabywcy. Natomiast jeśli dostarczenie części świadczeń jednostkowych ma sens i zachowuje swoją wartość dla nabywcy jedynie wówczas, gdy będą one dokonywane wyłącznie razem ze świadczeniem głównym, to należałoby uznać dostarczane w jednym czasie i przez tego samego dostawcę świadczenia za jedno świadczenie złożone (kompleksowe);

3) (brak wartości) świadczeń dodatkowych

Nierozzerwalność związku między świadczeniami przejawia się w tym, że w przypadku ich rozdzielania część z tych świadczeń nie miałaby dla nabywcy żadnej wartości. W takiej sytuacji świadczenia dodatkowe jako takie nie zaspokajają żadnej potrzeby nabywcy. Samodzielnie nie przedstawiają one wartości, pomiędzy poszczególnymi usługami istnieje związek oraz występuje komplementarność poszczególnych czynności, tj. czynności są ze sobą tak ściśle powiązane, że ich rozdzielanie miałoby charakter sztuczny."

jak podkreślają organy administracji skarbowej, jest kryterium ekonomiczne. Wynika to z faktu, że przedmiotem VAT są określone stany i zdarzenia, które należy postrzegać raczej jako zjawiska o charakterze ekonomicznym, a nie czynności konwencjonalne. Podkreśla się, że VAT nie jest podatkiem od umów, tylko podatkiem od zdarzeń ekonomicznych, Przy kwalifikacji danego zdarzenia gospodarczego należy więc przeanalizować przede wszystkim ekonomiczną istotę transakcji, a nie wyłącznie jej ramy i charakter prawny.

Przenosząc przedstawione stanowisko na grunt rozpoznawanej sprawy o wiarygodności tego argumentu przemawia wielkość spornych świadczeń, gdyż jest minimalna w stosunku do całości zamówienia.

W konsekwencji, za bezzasadny należy uznać zarzut Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego również art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 pzp. Wobec braku stwierdzenia podstawy do odrzucenia oferty Wykonawcy przystępującego, brak jest podstawy do uznania, że zachodzi podstawa do odrzucenia oferty tego Wykonawcy na podstawie ww. artykułu. Wykonawca ten składając ofertę z preferencyjną stawką podatku VAT dla całego przedmiotu zamówienia (w sytuacji, gdy nie wykazano, że stawka ta nie jest prawidłowa) nie naruszył interesu Odwołującego.

Zamawiający w toku badania i oceny ofert dokonał ustalenia stawki podatku uznając, że właściwą jest stawka obniżona 8%. W związku z tym, że zastosowanie stawki podstawowej jest każdorazowo dozwolone, pomimo, że możliwe było zastosowanie przepisów względniejszych dla Wykonawcy, Zamawiający w toku badania i oceny ofert uznał, że w kwestii pozycji 45, 48, 49, 50, 51 w formularzu ofertowym zarówno Wykonawca, który zastosował stawkę obniżoną, jak i stosujący stawkę podstawową złożyli ważne oferty, nie obarczone błędami w cenie. Jak zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 31 marca 2014 r., KIO 489/14, „oceniając zasadność stanowiska odwołującego co do wskazanej stawki VAT, wskazać należy, że skoro ustawa o podatku od towarów i usług oraz inne ustawy regulujące odpowiedzialność podatników nie wiążą z zastosowaniem stawki podstawowej żadnych ujemnych konsekwencji, a negatywny skutek dla podatnika ma wyłącznie podwyższenie ceny jego oferty poprzez niezastosowanie stawki preferencyjnej, to taka sama reguła powinna obowiązywać również przy wykładni przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP (por. wyrok z dnia 20 marca 2014 r., KIO 430/14).

W ocenie Zamawiającego hipotetycznie dopiero podanie w cenie oferty nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług godziłoby w uczciwą konkurencję zgodnie z art. 7 ust. 1 pzp, natomiast zastosowanie przez Odwołującego stawki podstawowej VAT nie może być uznane za niekonkurencyjne w stosunku do innych wykonawców. Podanie w ofercie wyższej

stawki podatku VAT powoduje, że oferta tego wykonawcy staje się relatywnie droższa, a tym samym mniej konkurencyjna dla tego Wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza zgodziła się także z poglądem wyrażonym w uzasadnieniu wyroku z dnia 6 listopada 2012 r., KIO 2294/12, „że w ratio legis art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp nie mieści się odrzucenie oferty, w sytuacji przyjęcia podstawowej stawki podatku VAT, nawet jeśli zastosowanie mogłaby znaleźć stawka preferencyjna,

Zamawiający stanął na stanowisku, że Wykonawca przystępujący prawidłowo określił stawkę VAT co do wszystkich świadczeń ujętych przez Zamawiającego w formularzu ofertowym na poziomie 8 proc., jako świadczenie kompleksowe, w ramach którego odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Miękinia w 2021 roku jest świadczeniem głównym. Pozostałe świadczenia są pomocnicze.

W związku z powyższym na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy pzp oferta złożona przez przystępującego została wybrana przez Zamawiającego Gminę Miękinia jako najkorzystniejsza w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Wobec trzeciego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp przy zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy przystępującego z postępowania Zamawiający zwraca uwagę, że na podstawie art. 24 ust. 11 Pzp Wykonawca, w terminie 3 dni od dnia zamieszczenia na stronie internetowej informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5 Pzp, jest obowiązany przekazać Zamawiającemu oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu zarówno Wykonawca przystępujący w dniu 02.11.2020 r. oraz Odwołujący w dniu 04.12.2020 r. złożyli pisemne oświadczenia o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej. Po analizie dokonanej przez Zamawiającego jednoznacznie wynika, że nie mają miejsca określone powiązania kapitałowe pomiędzy wykonawcami rzeczywiście konkurującymi o dane zamówienie, o którym mowa w art. 24 ust. 11 ustawy Pzp. Tym samym nie zachodzi w stosunku do żadnego z wykonawców przesłanka wykluczenia, określona w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp,

Zamawiający wskazuje, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się Wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z przepisu wynika, że podstawą wykluczenia Wykonawcy jest wprowadzenie Zamawiającego w błąd, przy czym nie musi być ono wynikiem działania umyślnego, ale

wystarczające jest dopuszczenie się przez Wykonawcę lekkomyślności lub niedbalstwa. Dodatkowo ustawodawca wymaga, aby wprowadzenie w błąd Zamawiającego mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co oznacza, że wprowadzenie w błąd musi dotyczyć takich czynności Zamawiającego, które wpływają na sytuację Wykonawcy w postępowaniu, tj. na jego wykluczenie z postępowania, odrzucenie jego oferty bądź na jego szansę w uzyskaniu zamówienia (pozycję w rankingu ofert). Wszystkie ww. przesłanki muszą być spełnione łącznie, aby możliwe było wykluczenie Wykonawcy na podstawie ww. przepisu.

Z kolei zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp zawiera w swojej treści kilka elementów, których spełnienie jest wymagane do stwierdzenia jego naruszenia. Po pierwsze należy wykazać, iż Wykonawca miał wprowadzić Zamawiającego w błąd; po drugie wprowadzenie Zamawiającego w błąd było wynikiem podania nieprawdziwych informacji związanych z przesłankami wykluczenia Wykonawcy z postępowania, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub w wyniku zatajenia określonych informacji; po trzecie należy wykazać, że działanie Wykonawcy było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp może być zastosowana wtedy, gdy Wykonawca zamierza wprowadzić Zamawiającego w błąd, a więc jego działanie cechuje wina umyślna, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym,

W analizowanym stanie faktycznym Zamawiający uznał, że skoro wykonawcy nie należą do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2019 r. poz. 369, 1571 i 1667) to brak jest podstaw do stwierdzenia zasadności wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23. Tym samym nie została spełniona przesłanka konieczna do zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 czy 17 - Wykonawca nie wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, ani też nie przekazał Zamawiającemu informacji mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tym samym brak jest również podstaw do uznania, iż przystępujący podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 czy 17 ustawy pzp.

Mając na uwadze powyżej przedstawione okoliczności Zamawiający wnosi jak we wstępie.

Pismo procesowe przystępującego po stronie zamawiającego z dnia 22 grudnia 2020r.

Działając w imieniu Przystępującego do postępowania, w oparciu o udzielone pełnomocnictwo (w aktach sprawy), odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu z dnia 3 grudnia 2020 r. niniejszym wnoszę o jego oddalenie jako oczywiście bezzasadnego, wskazując, jak poniżej.

I. Zarzuty dotyczące błędu w obliczeniu ceny

1. Zgodnie z zapisami rozdziału VI ust. 1 i 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”) przedmiotem niniejszego zamówienia jest usługa odbierania i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Miękinia w 2021 roku.

2. W części II SIWZ, Zamawiając zawarł Opis przedmiotu zamówienia (dalej jako „OPZ”), który wskazuje na zakres przedmiotowej usługi. I tak, zgodnie z zapisami pkt III OPZ przedmiot niniejszego zamówienia obejmuje:

1. Odbieranie, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych powstałych i zebranych:

1) na wszystkich nieruchomościach, na których zamieszkują mieszkańcy, położonych w granicach administracyjnych Gminy Miękinia, objętych gminnym systemem zbiórki odpadów, zgodnie z art. 6c ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U. 2020 r., poz. 1439);

2) z punktów ogólnodostępnych — Zał. 3;

3) z punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych tzw. PSZOK.

2. Wyposażenie właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy w worki do selektywnego zbierania odpadów komunalnych frakcji: „Papier” —szacunkowa ilość w okresie realizacji zamówienia wyniesie 144.000 szt. i „Metale i tworzywa sztuczne” — szacunkowa ilość w okresie realizacji zamówienia wyniesie 360.000 szt.

3. Wyposażenie urządzeń do zbierania odpadów —pojemników w transpondery RFID (czipy) oraz ich geolokalizacja na terenie poprzez przypisanie pojemników do punktów wywozowych — szacunkowa ilość w okresie realizacji zamówienia wyniesie 600 sztuk.

4. Wyposażenie urządzeń do zbierania odpadów (pojemników) w naklejki określające rodzaj zbieranych odpadów. Projekt nadruku musi zostać zaakceptowanych przez Zamawiającego. Oklejenie urządzeń nowych odbywać się będzie podczas wykonywanej usługi oczipowania pojemników oraz Wykonawca będzie prowadził bieżący przegląd pojemników podczas realizacji odbioru i w razie konieczności dokonania naklejenia nowych. Szacunkowa ilość w okresie realizacji zamówienia wyniesie 700 sztuk.

5. Oklejenie pojemników naklejkami na zgłoszenie od Zamawiającego odbywać się będzie podczas najbliższego wywozu odpadów danej frakcji.
6. Wykonawca w okresie zamówienia dokonywać będzie geolokalizacji (parowania) urządzeń do zbierania odpadów w Punktach wywozowych.
7. Poprzez geolokalizację urządzeń do zbierania odpadów w punktach wywozowych należy rozumieć przyporządkowanie ich do poszczególnych punktów wywozowych z określeniem współrzędnych geograficznych punktów wywozowych w oparciu o współrzędne poszczególnych pojemników do nich przypisanych. Geolokalizacja obejmuje również przesyłanie w czasie rzeczywistym zaktualizowanych danych do systemu, poprzez interfejs wymiany danych.
8. Wykonawca jest zobowiązany do weryfikowania i uzupełniania listy punktów gromadzenia odpadów w trakcie procesu geolokalizacji oraz do przekazywania zweryfikowanych danych do wdrożonego systemu.
9. Dane rejestrowane z systemu monitoringu GPS muszą być w pełni zintegrowane w skład wdrożonego oprogramowania komputerowego.
10. Przesył danych z urządzeń pokładowych do wdrożonego oprogramowania musi odbywać się online w czasie rzeczywistym z jednoczesnym przesyłem danych z systemu monitoringu GPS. Wszystkie zarejestrowane zdarzenia (załadunek, wyładunek, identyfikacja, ważenie, rejestracja i inne) muszą być rozszerzone o dokładną datę i czas zgodny z uniwersalnym czasem koordynowanym UTC (PL)/ oraz współrzędne geograficzne zdarzeń wyznaczone na podstawie systemu GPS.
11. Rejestrowanie, w trakcie realizacji usługi, danych pochodzących z systemów ważenia i identyfikacji pojemników oraz przesyłanie tych danych do wdrożonego oprogramowania, poprzez interfejs wymiany danych służącego do gromadzenia i analizy danych i informacji pozyskiwanych z systemów monitoringu Wykonawcy.
12. Po dniu 31.12.2021 r. wszystkie zamontowane znaczniki RFID Wykonawca przekaże nieodpłatnie Zamawiającemu a jego koszt będzie uregulowany w miesięcznych ratach w terminie od 01.01.2021 r. do 31.12.2021 r.
13. Świadczenie usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących od właścicieli nieruchomości na terenie gminy Miękinia winno rozpocząć się od 1 stycznia 2021 r. i zakończyć do 31 grudnia 2021 r.
14. Ilość wytwarzanych na terenie gminy odpadów jest w przeciągu roku nierównomierna. Ostateczna rzeczywista ilość odpadów będzie znana w wyniku realizacji zadania. Zapłata za

wykonanie zamówienia będzie odbywać się na podstawie rzeczywistych odebranych i zagospodarowanych ton odpadów komunalnych przekazanych do instalacji przetwarzania.

15. Wykonawca jest zobowiązany do uwzględnienia w kosztach wykonania usługi wpływu z tytułu uzyskanych zysków ze sprzedaży zebranych surowców wtórnych.

16. W razie zmian w systemie informatycznym gminy wykonawca dostosuje się w ciągu 14 dni do rozszerzonych / zmienionych metod wymiany danych.

17. Zbierane przez Wykonawcę dane informatyczne stanowią własność Zamawiającego.

3. W ocenie Przystępującego już sam opis przedmiotu zamówienia wskazuje jednoznacznie, że wszystkie powyższe obowiązki, jakie spoczywać będą na wykonawcy, składają się na jedną usługę — odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Miękinia, tworząc usługę kompleksową. To z kolei uzasadniało zastosowanie 8%-owej stawki podatku VAT na wszystkich pozycjach ujętych w formularzu cenowym, stanowiącym załącznik do oferty Przystępującego, w tym również w odniesieniu do następujących pozycji:

- 1) Poz. 45 - wdrożenie i utrzymanie systemu RFID na terenie gminy Miękinia;
- 2) Poz. 48 - wyposażenie urządzeń do zbierania odpadów-pojemników w naklejki określające rodzaj zbieranych odpadów;
- 3) Poz. 49 - wyposażenie urządzeń do zbierania odpadów-pojemników w transpondery RFID (czipy);
- 4) Poz. 50 - wyposażenie w pojemniki do zbierania przeterminowanych leków;
- 5) Poz. 51 — wyposażenie w pojemniki do zbierania zużytych baterii i akumulatorów przenośnych.

4. Zdaniem Przystępującego, argumentacja Odwołującego, stanowi próbę sztucznego i nieuzasadnionego podzielenia jednej kompleksowej usługi na kilka pomniejszych, choć oczywistym jest, że wszystkie kwestionowane przez Odwołującego pozycje cenowe (obowiązki spoczywające na wykonawcy), składają się na jedną usługę i stanowią świadczenia pomocnicze względem czynności głównej, jaką w tym przypadku jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych.

5. Jak przy tym podkreśla się w oficjalnych interpretacjach wydawanych przez Krajową Informację Skarbową, których ogólne założenie można odnieść również do niniejszej sprawy. I tak,; „co do zasady każde świadczenie dla celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług powinno być traktowane jako odrębne i niezależne, jednak w sytuacji gdy jedna usługa

obejmuje z ekonomicznego punktu widzenia kilka świadczeń, usługa ta nie powinna być sztucznie dzielona dla celów podatkowych. Zatem, z ekonomicznego punktu widzenia usługi nie powinny być dzielone dla celów podatkowych wówczas, gdy tworzyć będą jedną usługę kompleksową, obejmującą kilka świadczeń pomocniczych. Jeżeli jednak w skład świadczonej usługi wchodzić będą czynności, które nie służą wyłącznie wykonaniu czynności głównej, zasadniczej, lecz mogą mieć również charakter samoistny, to wówczas nie ma podstaw dla traktowania ich jako elementu usługi kompleksowej. Nie ma znaczenia subiektywny punkt widzenia dostawcy lub odbiorcy świadczenia. Istnienie jednego świadczenia złożonego nie wyklucza zastosowania do poszczególnych jego elementów odrębnych cen. Jeżeli dwa lub więcej niż dwa świadczenia (czynności) dokonane przez podatnika na rzecz konsumenta są tak ściśle związane, że obiektywnie tworzą w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jednolite świadczenie do celów stosowania przepisów ustawy o podatku od towarów i usług. Jeżeli jednak w skład świadczonej usługi wchodzić będą czynności, które nie służą wyłącznie wykonaniu czynności głównej, zasadniczej, lecz mogą mieć również charakter samoistny, to wówczas nie ma podstaw dla traktowania ich jako elementu czynności kompleksowej.” (zob. pismo z dnia 7 marca 2019 r. Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej 0115-KDITI-I.4012.923.2018.2.RH, Stawka VAT dla usług związanych z realizacją zadania publicznego, LEX nr 489483).

6. Wbrew twierdzeniom pozycji 45,48,49, 50 i 51 formularza cenowego nie należy wyodrębniać i oceniać indywidualnie.

7. Pozycje 45, 48 oraz 49 są bezpośrednio związane z systemem RFID, który wspiera przecież proces zarządzania gospodarowania odpadami. Pozycje te dotyczą odpowiednio:

1) poz. 45 - wdrożenia i utrzymania systemu RFID na terenie gminy Miękinia;

2) poz. 48 - wyposażenia urządzeń do zbierania odpadów-pojemników w naklejki określające rodzaj zbieranych odpadów;

3) poz. 49 - wyposażenia urządzeń do zbierania odpadów-pojemników w transpondery RFID (czipy).

8. W związku z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z 29 grudnia 2016 r. w sprawie szczegółowego sposobu selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów, po stronie gmin powstała potrzeba identyfikowania oraz kontrolowania odpadów, a także ich wytwórców w celu zastosowania się do ujednoczonych standardów selektywnego zbierania odpadów. System RFID (technika wykorzystująca fale radiowe do przesyłania danych oraz zasilania elektronicznego układu stanowiącego etykietę obiektu przez czytnik w celu identyfikacji

obiekty) stanowi więc narzędzie służące do monitorowania rodzajów odpadów, których pozbywają się mieszkańcy nieruchomości, zdefiniowania poprawności prowadzonej segregacji odpadów oraz kontroli poprawnego wykonywania usługi odbioru odpadów przez wykonawców.

9. W kontekście 8% stawki VAT zastosowanej dla pozycji 45, 48 oraz 49 należy wskazać, że usługi zawierające się w wymienionych pozycjach stanowią usługi pomocnicze dla usługi głównej polegającej na gospodarowaniu odpadami, która zgodnie z poz. 27 i nast. Załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług została objęta preferencyjną stawką 8%. Stanowią one swoiste wsparcie procesu gospodarowania odpadami oraz służą optymalizacji tego procesu. Wdrożenie oraz korzystanie z systemu RFID bynajmniej nie stanowi celu samego w sobie, a jedynie służy optymalizacji oraz wspiera zarządzanie procesem gospodarowania odpadów. Nie może być zatem oceniane w oderwaniu od usługi głównej.

10. W wyroku z dnia 13 stycznia 2015 r. w sprawie I FSK 1913/13 Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, że w szczególności świadczenie należy uznać za dodatkowe w stosunku do świadczenia głównego, jeżeli nie stanowi ono dla klienta celu samo w sobie, lecz służy skorzystaniu w jak najlepszy sposób ze świadczenia głównego. Przenosząc przedstawione stanowisko na grunt rozpoznawanej sprawy należy wskazać, że zarówno usługi wykazane w pozycji 45, jak i w pozycji 48 oraz 49 formularza cenowego stanowią jedynie usługi wspomagające działania związane z gospodarowaniem odpadów, a nie usługę główną świadczoną na rzecz gminy. Wdrożenie systemu RFID jedynie na potrzeby samego jego wdrożenia nie generowałoby dla odbiorcy żadnej wartości, ponieważ system ten służy zarządzaniu innymi procesami i ma w stosunku do nich charakter pomocniczy. Wdrażany przez wykonawcę system RFID dla Zamawiającego będzie wartością dopiero po przystosowaniu systemu i jego infrastruktury (pojemniki, naklejki, chipy) do potrzeb Zamawiającego w bezpośrednim połączeniu z usługą gospodarowania odpadami przez wykonawcę, a nie w momencie wdrożenia systemu samego w sobie. System RFID bez powiązania go z usługą główną nie spełnia swojego celu, którym jest optymalizacja oraz zarządzanie procesem zagospodarowania odpadów.

11. Podobnie, w przypadku dwóch kolejnych pozycji formularza cenowego. W myśl art. 3 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach zadaniem gminy jest zapewnienie czystości i porządku na swoim terenie oraz stworzenie warunków niezbędnych do ich utrzymania, a w szczególności tworzenie punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych w sposób zapewniający łatwy dostęp dla wszystkich mieszkańców gminy, które zapewniają przyjmowanie co najmniej takich odpadów

komunalnych jak m.in. przeterminowane leki, zużyte baterie i akumulatory. Kwestionowane przez Odwołującego pozycje nr 50 i 51 formularza cenowego dotyczą odpowiednio:

- 1) Poz. 50 - wyposażenia w pojemniki do zbierania przeterminowanych leków;
- 2) Poz. 51 — wyposażenia w pojemniki do zbierania zużytych baterii i akumulatorów przenośnych

12. Pozycje 50 i 51 formularza cenowego odzwierciedlają część obowiązków nałożonych na gminę w zakresie administrowania, przechowywania, gospodarowania oraz przygotowania do dalszego transportu odpadów zbieranych selektywnie. Wchodzą również w zakres niniejszego zamówienia.

13. Zgodnie z art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach przez gospodarowanie odpadami rozumie się zbieranie, transport, przetwarzanie odpadów, łącznie z nadzorem nad tego rodzaju działaniami, jak również późniejsze postępowanie z miejscami unieszkodliwiania odpadów oraz działania wykonywane w charakterze sprzedawcy odpadów lub pośrednika w obrocie odpadami, natomiast zgodnie z ust. 6 odpadami są wszystkie substancje lub przedmioty, których posiadacz się pozbywa, zamierza się pozbyć lub do których pozbycia się jest obowiązany. W SIWZ wskazano, że przedmiot zamówienia obejmuje odpowiednio odbieranie, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych powstałych i zebranych nie tylko na wszystkich nieruchomościach położonych w granicach administracyjnych Gminy Miękinia, ale również z PSZOK, czyli punktów w których składowane są m.in. odpady, o których mowa w pozycji 50 oraz 51 tj. przeterminowane leki, zużyte baterie i akumulatory przenośne.

14. Mając na uwadze obowiązki jakie nakłada na gminę ustawa o odpadach, ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, a także Rozporządzenie Ministra Środowiska z 29 grudnia 2016 r. w sprawie szczegółowego sposobu selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów, wskazać należy, że pozycje 50 oraz 51 zestawienia cenowego stanowią nieodłączne elementy usługi związanej z gospodarowaniem odpadami, a tym samym bezpośrednio przekładają się na realizację obowiązków gminy i zapewniają kompletność ich wykonania. Wymienione świadczenia stanowią czynności pomocnicze dla usługi głównej tj. gospodarowania odpadami i wskazują na spójny, zintegrowany charakter całego systemu gospodarowania odpadami. Zgodnie dominującym stanowiskiem organów podatkowych nie należy wymienionych czynności poddawać sztucznym podziałom, gdyż w istocie są wykonywane w jednym, wspólnym celu zapewnieniu kompleksowości wykonania zlecenia polegającego na gospodarce odpadami.

15. Poza tym, czynności te wykonuje jeden podmiot — wykonawca, nie są zlecane do wykonania w odrębnym postępowaniu, co tym bardziej przemawia za uznaniem pozycji 50 i 51 jako usług pomocniczych dla gospodarowania odpadami.

16. Dodatkowo o pomocniczym charakterze tych czynności świadczy ich wartość w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia, która jest minimalna.

Dowód: symulacja wykonana przez Odwołującego obrazująca, jaki wpływ na ostateczną cenę usługi miałyby zastosowanie w kwestionowanych pozycjach 23% stawki podatku na okoliczność minimalnego znaczenia pozycji dla całego zamówienia, potwierdzenia ich pomocniczego charakteru.

17. Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia należy dojść do przekonania, że wszystkie czynności wchodzące w zakres pozycji 45, 48, 49, 50 i 51 winny być traktowane jako element jednego świadczenia kompleksowego wykonywanego na rzecz Zamawiającego. Czynności te służą bowiem osiągnięciu wspólnego celu oraz umożliwiają Zamawiającemu wypełnianie spoczywających na niej obowiązków w zakresie gospodarki odpadami. Każda ze wskazanych pozycji służy wykonaniu przedmiotu Przetargu oraz stanowi czynność pomocniczą, która służy wyłącznie wykonaniu czynności głównej.

18. Skoro tak, to zastosowanie przez Przystępującego jednolitej stawki podatku VAT w odniesieniu do pozycji 45, 48, 49, 50 i 51 było działaniem prawidłowym w kontekście potraktowania ich jako świadczenia kompleksowego. Wymienione czynności tworzą obiektywnie jedno świadczenie gospodarcze, są z nim bezpośrednio związane, co przesądza o opodatkowaniu ich jednolitą stawką podatku od towarów i usług odpowiednią dla usługi gospodarowania odpadami, która zgodnie z poz. 27 i nast. Załącznika nr 3 do ustawy z dnia 1 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług została opodatkowana preferencyjną stawką 8% VAT.

19. Powyższe potwierdza zresztą treść opinii doradców podatkowych, o którą wystąpił Przystępujący, która potwierdza poprawność działań Przystępującego.

Dowód: opinia doradców podatkowych z TAXAdvisors Group Sp. z o. o. z dnia 5 listopada 2020 r. na okoliczność prawidłowości zastosowanej przez Przystępującego stawki podatku VAT i możliwości uznania usługi za świadczenie kompleksowe.

20. W związku z powyższym za niezasadny należy uznać podniesiony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, bowiem oferta Przystępującego nie zawiera błędu w obliczeniu ceny.

21. Jak podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: „Błąd w obliczeniu ceny zachodzi, jeśli cena oferty została obliczona w sposób niezgodny ze sposobem jej obliczenia podanym w dokumentacji przetargowej lub np. w cenie oferty uwzględniono niewłaściwą stawkę podatku VAT.” (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 września 2020 r., sygn. akt: KIO 1885/20, LEX nr 3071543).

22. Tymczasem oferta Przystępującego spełnia wymogi postawione przez Zamawiającego w rozdziale XVI SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny ofertowej), a Przystępujący, co zostało wykazane we wcześniejszych punktach niniejszego pisma procesowego, był uprawniony do zastosowania preferencyjną stawki - 8% VAT.

23. W tych warunkach Zamawiający słusznie uznał ofertę Przystępującego za najkorzystniejszą.

24. Wobec powyższego, stawiany przez Odwołującego zarzut naruszenia art. art. 91 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp nie potwierdził się.

II. Zarzuty dotyczące przeprowadzenia postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji

25. Nie zasługuje również na uwzględnienie stawiany przez Odwołującego zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp.

26. W myśl art. 7 ust. 1 Pzp: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

27. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że: „Naruszenie zasady równego traktowania wykonawców będzie miało miejsce, gdy działania podejmowane w stosunku do wykonawcy będą powodowały inną, nierówną w postępowaniu sytuację pozostałych wykonawców lub wykonawcy. Granicą dopuszczalności działań Zamawiającego odnośnie danego wykonawcy zawsze będzie naruszenie zasady / zasad w odniesieniu do innego wykonawcy. Zasady Prawa zamówień publicznych - w tym wypadku równego traktowania wykonawców - nie są dane tylko jednemu wykonawcy, a ich ocena dokonywana w danym postępowaniu oraz podejmowane przez Zamawiającego czynności bądź zaniechania czynności oceniane w kontekście zasad muszą być dokonywane z uwzględnieniem interesów wszystkich wykonawców.” (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lipca 2020 r., sygn. akt: KIO 1286/20, LEX nr 3051323).

28. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia na gruncie przedmiotowej sprawy. Zamawiający, dostrzegając różnice w zakresie stawki VAT podanych w kilku pozycjach formularza

cenowego, pismem z dnia 3 listopada 2020 r. wezwał obu wykonawców do wyjaśnień w zakresie zastosowanej stawki VAT co do pięciu pozycji zestawienia cenowego. Jest to okoliczność bezsporna, potwierdzoną w treści samego odwołania.

29. Zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący odpowiedzieli na wezwanie Zamawiającego i przedstawili stosowne wyjaśnienia. Nie doszło więc tutaj do jakiegokolwiek różnicowania sytuacji dwóch wykonawców. To, że ostatecznie Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, świadczy wyłącznie o tym, że Zamawiający podzielił stanowisko Przystępującego w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT, zgodził się z przedstawioną argumentacją, a wyjaśnienia Odwołującego okazały się nieprzekonujące. W tych warunkach trudno więc mówić o prowadzeniu przez Zamawiającego Postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji.

30. Przystępujący zwraca również uwagę, na błędną konstrukcję stawianego przez Odwołującego zarzutu. Jak bowiem podkreśla się w orzecznictwie: „Z naruszeniem art. 7 ust. 1 p.z.p. mamy do czynienia wówczas, gdy dochodzi do zróżnicowania przez podmiot zamawiający działań wobec wykonawców znajdujących się w identycznej sytuacji prawnej lub faktycznej. W przypadku opisu przedmiotu zamówienia nie zawsze dochodzi do naruszenia art. 7 ust. 1 p.z.p. Taka sytuacja ma bowiem miejsce wówczas, gdy określona konstrukcja tego opisu stawia w uprzywilejowanej sytuacji poszczególnych wykonawców kosztem innych (dyskryminacja podmiotowa bezpośrednia) lub określone produkty lub rozwiązania technicznej (dyskryminacja przedmiotowa - pośrednia). Jest to konsekwencją tego, że co do zasady art. 7 ust. 1 p.z.p. nie może stanowić samodzielnego zarzutu i winien być on dopełniony treścią innego - szczegółowego przepisu z jednoczesnym wykazaniem zróżnicowania sytuacji poszczególnych wykonawców znajdujących się w tożsamej sytuacji podmiotowej.” (zob. np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 września 2017 r., sygn. akt: KIO 1790/17, LEX nr 2398347).

31. Pomimo niekwestionowanego znaczenia dla całego systemu zamówień publicznych zasad udzielania zamówień publicznych, ze względu na ich ogólny charakter nie mogą one stanowić samodzielnej podstawy zarzutów kierowanych względem zamawiającego. Tymczasem Odwołujący formułuje wyłącznie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp. Przypomnieć przy tym należy, że Izba jest związana zarzutami podniesionymi w odwołaniu, co wynika wprost z przepisu art. 192 ust. 7 Pzp.

32. Przystępujący zaznacza również, że Izba uwzględni odwołanie wyłącznie w sytuacji, w której ewentualne naruszenie przepisów ustawy miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w

niniejszej sprawie, bowiem to oferta Przystępującego winna być uznana za najkorzystniejszą w Postępowaniu.

III. Zarzuty dotyczące przedstawienia informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego

33. Co więcej, zdaniem Przystępującego, sformułowany przez Odwołującego zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp jest przejawem skrajnego formalizmu Odwołującego, a stawiany zarzut pozostaje w całkowitym oderwaniu od celu zarówno przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, jak i art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp.

34. Celem przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp jest bowiem ochrona zamawiającego przed nieuczciwym, nierzetelnym i nieprofesjonalnym działaniem wykonawców. Takiego zachowania nie sposób jednak przypisać Przystępującemu.

35. Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2019 r.: „Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest zaś celem samym w sobie. Taki również nie jest cel art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Służy on bowiem do eliminowania z postępowania wykonawców, którzy przekazali informacje wprowadzające zamawiającego w błąd co do istotnych elementów postępowania przetargowego.” (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2019 r., sygn. akt: KIO 1576/19, LEX nr 2738640).

36. W analizowanym stanie faktycznym istotnym elementem dla Postępowania jest zbadanie, czy Przystępujący podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp. Tymczasem odpowiedź na to pytanie jest jednoznaczna Przystępujący nie podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp, co dla Zamawiającego było wręcz oczywiste.

37. Godzi się bowiem przypomnieć, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2019 r. poz. 369, 1571 i 1667), złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

38. A zatem podstawa wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp wystąpi wywcześnie, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyli wykonawcy, należący do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o

ochronie konkurencji i konsumentów. Tymczasem w Postępowaniu zostały złożone tylko dwie oferty. budziło wątpliwości Zamawiającego, zwłaszcza w kontekście innych dokumentów, jakie w toku Postępowania zostały złożone przez tych wykonawców (np. KRS Przystępującego czy oświadczenie dotyczące przynależności do grupy kapitałowej, jakie złożył Odwołujący).

39. Skoro tak, to nie można mówić o spełnieniu względem Przystępującego przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Zamawiający nie mógł zostać wprowadzony przez Przystępującego w błąd co do braku podstaw do wykluczenia go z Postępowania, bowiem takich podstaw rzeczywiście nie ma i nie budziło to wątpliwości Zamawiającego. Poza tym okoliczność pozostawania przez Przystępującego w grupie kapitałowej (nie obejmującej Odwołującego) wynika wprost z dokumentu rejestrowego Przystępującego, który był przecież złożony Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp. W świetle powyższego złożona przez Przystępującego informacja dotycząca pozostawania w grupie kapitałowej pozostaje bez znaczenia dla wyniku Postępowania.

40. Mając powyższe na uwadze nie sposób stawianego przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp za zasadny, zwłaszcza że Odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek tego artykułu, w szczególności możliwości wprowadzenia w błąd Zamawiającego i istotnego wpływu tych informacji na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu.

IV Podsumowanie

41. W świetle powyższych twierdzeń i argumentów uznać należy, że Zamawiający słusznie uznał ofertę Przystępującego za najkorzystniejszą w Postępowaniu.

42. Zarzuty podniesione w odwołaniu nie potwierdziły się, w związku z czym przystępujący wnosi o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje

Izba rozważając zarzuty odwołania, na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego w sprawie oraz argumentacji formalnej i prawnej odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego przystępującego i wyjaśnień złożonych przez przystępującego w dniu 6 listopada 2020r. na wezwanie zamawiającego, nie znalazła podstaw do ich uwzględnienia, zarówno co do naruszenia art.89 ust.1 pkt 6 ustawy (zastosowanie stawki podstawowej vat – 8 % do całości zadania) jak i art. 24 ust.1 pkt

17 ustawy (co do oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej w sytuacji dwóch ofert w postępowaniu to jest oferty odwołującego i przystępującego po stronie zamawiającego) w związku z art.7 ust.1 i ust.3 ustawy jak i art.91 ust.1 i ust.2 ustawy.

Izba w pełni podziela stanowisko zamawiającego i przystępującego po jego stronie, zaprezentowane powyżej w uzasadnieniu (odpowiedź na odwołanie i pismo procesowe przystępującego, obydwie pisma z dnia 22 grudnia 2020r. jak i argumentację wyjaśnień przystępującego z dnia 6 listopada 2020r.

W tym stanie rzeczy odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza przyjmuje za własną argumentację formalną i prawną zamawiającego i przystępującego przedstawioną powyżej.

W postępowaniu złożono dwie oferty:

1. wykonawca wybrany/przystępujący po stronie zamawiającego z ceną oferty w kwocie 3 891 490,56 złotych.
2. odwołujący z ceną oferty w kwocie 4 748 772,30 złotych.

W dniu 3.11. 2020r. Zamawiający wezwał w trybie art. 87 ust. 1 Pzp obu wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie zastosowanej stawki VAT w pięciu pozycjach zestawienia cenowego:

- pozycja nr 45 - wdrożenie i utrzymanie systemu RFID na terenie gminy Miękinia,
- pozycja nr 48 - wyposażenie urządzeń do zbierania odpadów- pojemników w naklejki określające rodzaj zbieranych odpadów
- pozycja nr 49 - wyposażenie urządzeń do zbierania odpadów - pojemników w transpondery RFID (czipy)
- pozycja nr 50 - wyposażenie w pojemniki do zbierania przeterminowanych leków,
- pozycja nr 51 - wyposażenie w pojemniki do zbierania zużytych baterii i akumulatorów przenośnych.

W dniu 23.11. 2020 Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego po stronie zamawiającego.

W piśmie z dnia 6.11.2020r. przystępujący po stronie zamawiającego wyjaśnił, że stoi na stanowisku iż zasadne jest zastosowanie stawki 8% Vat ze względu na kompleksowość usługi zagospodarowania odpadów świadczony na rzecz zamawiającego, na którą składają się wskazane czynności w zestawieniu cenowym.

Zarzuty odwołania dotyczyły

Odwołanie wniesiono wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

6. wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego,
7. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy przystępującego wobec złożenia przez niego fałszywego oświadczenia o braku przynależności do jakiejkolwiek grupy kapitałowej,
8. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę przystępującego jako oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny,
9. zaniechaniu wezwania wykonawcy przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zastosowania stawek VAT niezgodnych z ustawą o podatku od towarów i usług,
10. zaniechaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

4. naruszenie art. 91 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 3 p.z.p. w zw. art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. przez wybór niezgodnie z przepisami ustawy jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy przystępującego pomimo, że oferta tego wykonawcy zawierała błędy w obliczeniu ceny wynikające z doliczenia preferencyjnej stawki VAT sprzecznej z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług, a w konsekwencji sprzecznej z kryteriami oceny ofert zawartymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”);

5. naruszenie art. 7 ust. 1 p.z.p. przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w sytuacji gdy Zamawiający porównał oferty nieporównywalne,

ponieważ sporządzone przy zastosowaniu różnych stawek VAT do tych samych usług wchodzących w skład zamówienia, przy czym tylko odwołujący zastosował właściwe stawki VAT a wybrana została oferta przystępującego wskazująca stawki VAT sprzeczne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa podatkowego;

6. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy przystępującego z postępowania, pomimo tego, że przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego co do braku przynależności do grupy kapitałowej, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Podnosząc powyższe zarzuty, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności:

6. unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty,
7. wykluczenia wykonawcy przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia,

8. odrzucenia oferty wykonawcy przystępującego,
9. dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, z pominięciem oferty przystępującego jako podlegającej odrzuceniu,
10. wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Jak powyżej Izba zaznaczyła, nie podziela argumentacji odwołującego, przyznając za własne stanowisko zamawiającego i przystępującego zaprezentowane powyżej. W szczególności przywołuje następującą argumentację.

Pismo procesowe przystępującego po stronie zamawiającego z dnia 22 grudnia 2020r.

I. Zarzuty dotyczące błędu w obliczeniu ceny

1. Zgodnie z zapisami rozdziału VI ust. 1 i 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”) przedmiotem niniejszego zamówienia jest usługa odbierania i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Miękinia w 2021 roku.

2. W części II SIWZ, Zamawiając zawarł Opis przedmiotu zamówienia (dalej jako „OPZ”), który wskazuje na zakres przedmiotowej usługi. I tak, zgodnie z zapisami pkt III OPZ przedmiot niniejszego zamówienia obejmuje:

1. Odbieranie, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych powstałych i zebranych:

1) na wszystkich nieruchomościach, na których zamieszkują mieszkańcy, położonych w granicach administracyjnych Gminy Miękinia, objętych gminnym systemem zbiórki odpadów, zgodnie z art. 6c ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U. 2020 r., poz. 1439);

2) z punktów ogólnodostępnych — Zał. 3;

3) z punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych tzw. PSZOK.

2. Wyposażenie właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy w worki do selektywnego zbierania odpadów komunalnych frakcji: „Papier” —szacunkowa ilość w

okresie realizacji zamówienia wyniesie 144.000 szt. i „Metale i tworzywa sztuczne” — szacunkowa ilość w okresie realizacji zamówienia wyniesie 360.000 szt.

3. Wyposażenie urządzeń do zbierania odpadów —pojemników w transpondery RFID (czipy) oraz ich geolokalizacja na terenie poprzez przypisanie pojemników do punktów wywozowych — szacunkowa ilość w okresie realizacji zamówienia wyniesie 600 sztuk.

4. Wyposażenie urządzeń do zbierania odpadów (pojemników) w naklejki określające rodzaj zbieranych odpadów. Projekt nadruku musi zostać zaakceptowanych przez Zamawiającego. Oklejenie urządzeń nowych odbywać się będzie podczas wykonywanej usługi oczipowania pojemników oraz Wykonawca będzie prowadził bieżący przegląd pojemników podczas realizacji odbioru i w razie konieczności dokonania naklejenia nowych. Szacunkowa ilość w okresie realizacji zamówienia wyniesie 700 sztuk.

5. Oklejenie pojemników naklejkami na zgłoszenie od Zamawiającego odbywać się będzie podczas najbliższego wywozu odpadów danej frakcji.

6. Wykonawca w okresie zamówienia dokonywać będzie geolokalizacji (parowania) urządzeń do zbierania odpadów w Punktach wywozowych.

7. Poprzez geolokalizację urządzeń do zbierania odpadów w punktach wywozowych należy rozumieć przyporządkowanie ich do poszczególnych punktów wywozowych z określeniem współrzędnych geograficznych punktów wywozowych w oparciu o współrzędne poszczególnych pojemników do nich przypisanych. Geolokalizacja obejmuje również przesyłanie w czasie rzeczywistym zaktualizowanych danych do systemu, poprzez interfejs wymiany danych.

8. Wykonawca jest zobowiązany do weryfikowania i uzupełniania listy punktów gromadzenia odpadów w trakcie procesu geolokalizacji oraz do przekazywania zweryfikowanych danych do wdrożonego systemu.

9. Dane rejestrowane z systemu monitoringu GPS muszą być w pełni zintegrowane w skład wdrożonego oprogramowania komputerowego.

10. Przesył danych z urządzeń pokładowych do wdrożonego oprogramowania musi odbywać się online w czasie rzeczywistym z jednoczesnym przesyłem danych z systemu monitoringu GPS. Wszystkie zarejestrowane zdarzenia (załadunek, wyładunek, identyfikacja, ważenie, rejestracja i inne) muszą być rozszerzone o dokładną datę i czas zgodny z uniwersalnym czasem koordynowanym UTC (PL)/ oraz współrzędne geograficzne zdarzeń wyznaczone na podstawie systemu GPS.

11. Rejestrowanie, w trakcie realizacji usługi, danych pochodzących z systemów ważenia i identyfikacji pojemników oraz przesyłanie tych danych do wdrożonego oprogramowania, poprzez interfejs wymiany danych służącego do gromadzenia i analizy danych i informacji pozyskiwanych z systemów monitoringu Wykonawcy.

12. Po dniu 31.12.2021 r. wszystkie zamontowane znaczniki RFID Wykonawca przekaże nieodpłatnie Zamawiającemu a jego koszt będzie uregulowany w miesięcznych ratach w terminie od 01.01.2021 r. do 31.12.2021 r.

13. Świadczenie usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących od właścicieli nieruchomości na terenie gminy Miękinia winno rozpocząć się od 1 stycznia 2021 r. i zakończyć do 31 grudnia 2021 r.

14. Ilość wytwarzanych na terenie gminy odpadów jest w przeciągu roku nierównomierna. Ostateczna rzeczywista ilość odpadów będzie znana w wyniku realizacji zadania. Zapłata za wykonanie zamówienia będzie odbywać się na podstawie rzeczywistych odebranych i zagospodarowanych ton odpadów komunalnych przekazanych do instalacji przetwarzania.

15. Wykonawca jest zobowiązany do uwzględnienia w kosztach wykonania usługi wpływu z tytułu uzyskanych zysków ze sprzedaży zebranych surowców wtórnych.

16. W razie zmian w systemie informatycznym gminy wykonawca dostosuje się w ciągu 14 dni do rozszerzonych / zmienionych metod wymiany danych.

17. Zbierane przez Wykonawcę dane informatyczne stanowią własność Zamawiającego.

3. W ocenie Przystępującego już sam opis przedmiotu zamówienia wskazuje jednoznacznie, że wszystkie powyższe obowiązki, jakie spoczywać będą na wykonawcy, składają się na jedną usługę — odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Miękinia, tworząc usługę kompleksową. To z kolei uzasadniało zastosowanie 8%-owej stawki podatku VAT na wszystkich pozycjach ujętych w formularzu cenowym, stanowiącym załącznik do oferty Przystępującego, w tym również w odniesieniu do następujących pozycji:

- 1) Poz. 45 - wdrożenie i utrzymanie systemu RFID na terenie gminy Miękinia;
- 2) Poz. 48 - wyposażenie urządzeń do zbierania odpadów-pojemników w naklejki określające rodzaj zbieranych odpadów;
- 3) Poz. 49 - wyposażenie urządzeń do zbierania odpadów-pojemników w transpondery RFID (czyipy);
- 4) Poz. 50 - wyposażenie w pojemniki do zbierania przeterminowanych leków;

5) Poz. 51 — wyposażenie w pojemniki do zbierania zużytych baterii i akumulatorów przenośnych.

4. Zdaniem Przystępującego, argumentacja Odwołującego, stanowi próbę sztucznego i nieuzasadnionego podzielenia jednej kompleksowej usługi na kilka pomniejszych, choć oczywistym jest, że wszystkie kwestionowane przez Odwołującego pozycje cenowe (obowiązki spoczywające na wykonawcy), składają się na jedną usługę i stanowią świadczenia pomocnicze względem czynności głównej, jaką w tym przypadku jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych.

5. Jak przy tym podkreśla się w oficjalnych interpretacjach wydawanych przez Krajową Informację Skarbową, których ogólne założenie można odnieść również do niniejszej sprawy. I tak, „co do zasady każde świadczenie dla celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług powinno być traktowane jako odrębne i niezależne, jednak w sytuacji gdy jedna usługa obejmuje z ekonomicznego punktu widzenia kilka świadczeń, usługa ta nie powinna być sztucznie dzielona dla celów podatkowych. Zatem, z ekonomicznego punktu widzenia usługi nie powinny być dzielone dla celów podatkowych wówczas, gdy tworzyć będą jedną usługę kompleksową, obejmującą kilka świadczeń pomocniczych. Jeżeli jednak w skład świadczonej usługi wchodzić będą czynności, które nie służą wyłącznie wykonaniu czynności głównej, zasadniczej, lecz mogą mieć również charakter samoistny, to wówczas nie ma podstaw dla traktowania ich jako elementu usługi kompleksowej. Nie ma znaczenia subiektywny punkt widzenia dostawcy lub odbiorcy świadczenia. Istnienie jednego świadczenia złożonego nie wyklucza zastosowania do poszczególnych jego elementów odrębnych cen. Jeżeli dwa lub więcej niż dwa świadczenia (czynności) dokonane przez podatnika na rzecz konsumenta są tak ściśle związane, że obiektywnie tworzą w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jednolite świadczenie do celów stosowania przepisów ustawy o podatku od towarów i usług. Jeżeli jednak w skład świadczonej usługi wchodzić będą czynności, które nie służą wyłącznie wykonaniu czynności głównej, zasadniczej, lecz mogą mieć również charakter samoistny, to wówczas nie ma podstaw dla traktowania ich jako elementu czynności kompleksowej.” (zob. pismo z dnia 7 marca 2019 r. Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej 0115-KDITI-I.4012.923.2018.2.RH, Stawka VAT dla usług związanych z realizacją zadania publicznego, LEX nr 489483).

6. Wbrew twierdzeniom pozycji 45,48,49, 50 i 51 formularza cenowego nie należy wyodrębnić i oceniać indywidualnie.

7. Pozycje 45, 48 oraz 49 są bezpośrednio związane z systemem RFID, który wspiera przecież proces zarządzania gospodarowania odpadami. Pozycje te dotyczą odpowiednio:

- 1) poz. 45 - wdrożenia i utrzymania systemu RFID na terenie gminy Miękinia;
- 2) poz. 48 - wyposażenia urządzeń do zbierania odpadów-pojemników w naklejki określające rodzaj zbieranych odpadów;
- 3) poz. 49 - wyposażenia urządzeń do zbierania odpadów-pojemników w transpondery RFID (czipy).

8. W związku z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z 29 grudnia 2016 r. w sprawie szczegółowego sposobu selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów, po stronie gmin powstała potrzeba identyfikowania oraz kontrolowania odpadów, a także ich wytwórców w celu zastosowania się do ujednoliconych standardów selektywnego zbierania odpadów. System RFID (technika wykorzystująca fale radiowe do przesyłania danych oraz zasilania elektronicznego układu stanowiącego etykietę obiektu przez czytnik w celu identyfikacji obiektu) stanowi więc narzędzie służące do monitorowania rodzajów odpadów, których pozbywają się mieszkańcy nieruchomości, zdefiniowania poprawności prowadzonej segregacji odpadów oraz kontroli poprawnego wykonywania usługi odbioru odpadów przez wykonawców.

9. W kontekście 8% stawki VAT zastosowanej dla pozycji 45, 48 oraz 49 należy wskazać, że usługi zawierające się w wymienionych pozycjach stanowią usługi pomocnicze dla usługi głównej polegającej na gospodarowaniu odpadami, która zgodnie z poz. 27 i nast. Załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług została objęta preferencyjną stawką 8%. Stanowią one swoiste wsparcie procesu gospodarowania odpadami oraz służą optymalizacji tego procesu. Wdrożenie oraz korzystanie z systemu RFID bynajmniej nie stanowi celu samego w sobie, a jedynie służy optymalizacji oraz wspiera zarządzanie procesem gospodarowania odpadów. Nie może być zatem oceniane w oderwaniu od usługi głównej.

10. W wyroku z dnia 13 stycznia 2015 r. w sprawie I FSK 1913/13 Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, że w szczególności świadczenie należy uznać za dodatkowe w stosunku do świadczenia głównego, jeżeli nie stanowi ono dla klienta celu samo w sobie, lecz służy skorzystaniu w jak najlepszy sposób ze świadczenia głównego. Przenosząc przedstawione stanowisko na grunt rozpoznawanej sprawy należy wskazać, że zarówno usługi wykazane w pozycji 45, jak i w pozycji 48 oraz 49 formularza cenowego stanowią jedynie usługi wspomagające działania związane z gospodarowaniem odpadów, a nie usługę główną świadczoną na rzecz gminy. Wdrożenie systemu RFID jedynie na potrzeby samego jego wdrożenia nie generowałoby dla odbiorcy żadnej wartości, ponieważ system ten służy zarządzaniu innymi procesami i ma w stosunku do nich charakter pomocniczy. Wdrażany przez wykonawcę system RFID dla Zamawiającego będzie wartością dopiero po

przystosowaniu systemu i jego infrastruktury (pojemniki, naklejki, chipy) do potrzeb Zamawiającego w bezpośrednim połączeniu z usługą gospodarowania odpadami przez wykonawcę, a nie w momencie wdrożenia systemu samego w sobie. System RFID bez powiązania go z usługą główną nie spełnia swojego celu, którym jest optymalizacja oraz zarządzanie procesem zagospodarowania odpadów.

11. Podobnie, w przypadku dwóch kolejnych pozycji formularza cenowego. W myśl art. 3 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach zadaniem gminy jest zapewnienie czystości i porządku na swoim terenie oraz stworzenie warunków niezbędnych do ich utrzymania, a w szczególności tworzenie punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych w sposób zapewniający łatwy dostęp dla wszystkich mieszkańców gminy, które zapewniają przyjmowanie co najmniej takich odpadów komunalnych jak m.in. przeterminowane leki, zużyte baterie i akumulatory. Kwestionowane przez Odwołującego pozycje nr 50 i 51 formularza cenowego dotyczą odpowiednio:

- 1) Poz. 50 - wyposażenia w pojemniki do zbierania przeterminowanych leków;
- 2) Poz. 51 — wyposażenia w pojemniki do zbierania zużytych baterii i akumulatorów przenośnych

12. Pozycje 50 i 51 formularza cenowego odzwierciedlają część obowiązków nałożonych na gminę w zakresie administrowania, przechowywania, gospodarowania oraz przygotowania do dalszego transportu odpadów zbieranych selektywnie. Wchodzą również w zakres niniejszego zamówienia.

13. Zgodnie z art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach przez gospodarowanie odpadami rozumie się zbieranie, transport, przetwarzanie odpadów, łącznie z nadzorem nad tego rodzaju działaniami, jak również późniejsze postępowanie z miejscami unieszkodliwiania odpadów oraz działania wykonywane w charakterze sprzedawcy odpadów lub pośrednika w obrocie odpadami, natomiast zgodnie z ust. 6 odpadami są wszystkie substancje lub przedmioty, których posiadacz się pozbywa, zamierza się pozbyć lub do których pozbycia się jest obowiązany. W SIWZ wskazano, że przedmiot zamówienia obejmuje odpowiednio odbieranie, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych powstałych i zebranych nie tylko na wszystkich nieruchomościach położonych w granicach administracyjnych Gminy Miękinia, ale również z PSZOK, czyli punktów w których składowane są m.in. odpady, o których mowa w pozycji 50 oraz 51 tj. przeterminowane leki, zużyte baterie i akumulatory przenośne.

14. Mając na uwadze obowiązki jakie nakłada na gminę ustawa o odpadach, ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, a także Rozporządzenie Ministra Środowiska z

29 grudnia 2016 r. w sprawie szczegółowego sposobu selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów, wskazać należy, że pozycje 50 oraz 51 zestawienia cenowego stanowią nieodłączne elementy usługi związanej z gospodarowaniem odpadami, a tym samym bezpośrednio przekładają się na realizację obowiązków gminy i zapewniają kompletność ich wykonania. Wymienione świadczenia stanowią czynności pomocnicze dla usługi głównej tj. gospodarowania odpadami i wskazują na spójny, zintegrowany charakter całego systemu gospodarowania odpadami. Zgodnie dominującym stanowiskiem organów podatkowych nie należy wymienionych czynności poddawać sztucznym podziałom, gdyż w istocie są wykonywane w jednym, wspólnym celu zapewnieniu kompleksowości wykonania zlecenia polegającego na gospodarce odpadami.

15. Poza tym, czynności te wykonuje jeden podmiot — wykonawca, nie są zlecane do wykonania w odrębnym postępowaniu, co tym bardziej przemawia za uznaniem pozycji 50 i 51 jako usług pomocniczych dla gospodarowania odpadami.

17. Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia należy dojść do przekonania, że wszystkie czynności wchodzące w zakres pozycji 45, 48, 49, 50 i 51 winny być traktowane jako element jednego świadczenia kompleksowego wykonywanego na rzecz Zamawiającego. Czynności te służą bowiem osiągnięciu wspólnego celu oraz umożliwiają Zamawiającemu wypełnianie spoczywających na niej obowiązków w zakresie gospodarki odpadami. Każda ze wskazanych pozycji służy wykonaniu przedmiotu Przetargu oraz stanowi czynność pomocniczą, która służy wyłącznie wykonaniu czynności głównej.

20. W związku z powyższym za niezasadny należy uznać podniesiony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, bowiem oferta Przystępującego nie zawiera błędu w obliczeniu ceny.

22. Tymczasem oferta Przystępującego spełnia wymogi postawione przez Zamawiającego w rozdziale XVI SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny ofertowej), a Przystępujący, co zostało wykazane we wcześniejszych punktach niniejszego pisma procesowego, był uprawniony do zastosowania preferencyjną stawki - 8% VAT.

23. W tych warunkach Zamawiający słusznie uznał ofertę Przystępującego za najkorzystniejszą.

28. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia na gruncie przedmiotowej sprawy. Zamawiający, dostrzegając różnice w zakresie stawki VAT podanych w kilku pozycjach formularza cenowego, pismem z dnia 3 listopada 2020 r. wezwał obu wykonawców do wyjaśnień w zakresie zastosowanej stawki VAT co do pięciu pozycji zestawienia cenowego. Jest to okoliczność bezsporna, potwierdzoną w treści samego odwołania.

29. Zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący odpowiedzieli na wezwanie Zamawiającego i przedstawili stosowne wyjaśnienia. Nie doszło więc tutaj do jakiegokolwiek różnicowania sytuacji dwóch wykonawców. To, że ostatecznie Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, świadczy wyłącznie o tym, że Zamawiający podzielił stanowisko Przystępującego w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT, zgodził się z przedstawioną argumentacją, a wyjaśnienia Odwołującego okazały się nieprzekonujące. W tych warunkach trudno więc mówić o prowadzeniu przez Zamawiającego Postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji.

III. Zarzuty dotyczące przedstawienia informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego

33. Co więcej, zdaniem Przystępującego, sformułowany przez Odwołującego zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp jest przejawem skrajnego formalizmu Odwołującego, a stawiany zarzut pozostaje w całkowitym oderwaniu od celu zarówno przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, jak i art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp.

34. Celem przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp jest bowiem ochrona zamawiającego przed nieuczciwym, nierzetelnym i nieprofesjonalnym działaniem wykonawców. Takiego zachowania nie sposób jednak przypisać Przystępującemu.

35. Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2019 r.: „Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest zaś celem samym w sobie. Taki również nie jest cel art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Służy on bowiem do eliminowania z postępowania wykonawców, którzy przekazali informacje wprowadzające zamawiającego w błąd co do istotnych elementów postępowania przetargowego.” (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2019 r., sygn. akt: KIO 1576/19, LEX nr 2738640).

36. W analizowanym stanie faktycznym istotnym elementem dla Postępowania jest zbadanie, czy Przystępujący podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp. Tymczasem odpowiedź na to pytanie jest jednoznaczna Przystępujący nie podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp, co dla Zamawiającego było wręcz oczywiste.

37. Godzi się bowiem przypomnieć, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2019 r. poz. 369, 1571 i 1667), złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że

istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

38. A zatem podstawa wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp wystąpi wywcześnie, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożą wykonawcy, należący do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Tymczasem w Postępowaniu zostały złożone tylko dwie oferty. budziło wątpliwości Zamawiającego, zwłaszcza w kontekście innych dokumentów, jakie w toku Postępowania zostały złożone przez tych wykonawców (np. KRS Przystępującego czy oświadczenie dotyczące przynależności do grupy kapitałowej, jakie złożył Odwołujący).

39. Skoro tak, to nie można mówić o spełnieniu względem Przystępującego przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Zamawiający nie mógł zostać wprowadzony przez Przystępującego w błąd co do braku podstaw do wykluczenia go z Postępowania, bowiem takich podstaw rzeczywiście nie ma i nie budziło to wątpliwości Zamawiającego. Poza tym okoliczność pozostawania przez Przystępującego w grupie kapitałowej (nie obejmującej Odwołującego) wynika wprost z dokumentu rejestrowego Przystępującego, który był przecież złożony Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp. W świetle powyższego złożona przez Przystępującego informacja dotycząca pozostawania w grupie kapitałowej pozostaje bez znaczenia dla wyniku Postępowania.

40. Mając powyższe na uwadze nie sposób stawianego przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp za zasadny, zwłaszcza że Odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek tego artykułu, w szczególności możliwości wprowadzenia w błąd Zamawiającego i istotnego wpływu tych informacji na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu.

Stanowisko Przystępującego z dnia 6 listopada 2020r. na wezwanie zamawiającego

Chemeko-System stoi na stanowisku, że zasadne jest zastosowanie stawki 8% VAT ze względu na kompleksowość usługi zagospodarowania odpadów świadczonej na rzecz Zamawiającego, na którą składają się wskazane czynności ujęte w zestawieniu cenowym.

Przystępujący następująco wyjaśnił swoje stanowisko.

Świadczenia kompleksowe

Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 1 Ustawy, opodatkowaniu ww. podatkiem podlegają odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju.

Kierując się wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej również jako: TSUE z dnia 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 należy przyjąć, że co do zasady każde świadczenie dla celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług powinno być traktowane jako odrębne i niezależne, jednak nierzadko zdarza się, że w ramach określonej transakcji gospodarczej należy wykonać szereg świadczeń, których realizacja prowadzi do jednego, wspólnego celu, aby zrealizować daną usługę. Takie świadczenia określa się mianem świadczeń kompleksowych.

Pomimo faktu, że Ustawa nie wyróżniła świadczeń kompleksowych jako odrębnego przedmiotu opodatkowania, to świadczenia takie rzeczywiście funkcjonują w obrocie gospodarczym. Brak legalnej definicji świadczenia kompleksowego w przepisach Ustawy niejednokrotnie powoduje powstawanie wątpliwości co do ujmowania takich transakcji na potrzeby podatku od towarów i usług, jednak nie wykluczenia uznania ich za takie.

W tym miejscu pomocna okazuje się utrwalona linia orzecznicza Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, która definiuje pojęcie świadczenia kompleksowego oraz formułuje przesłanki rozpoznania świadczeń kompleksowych, a także wskazuje sposób kwalifikacji takiego świadczenia na potrzeby podatku od towarów i usług. Składają się na nią wyroki TSUE wydawane m.in. w przytoczonej sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd, w sprawie C111/05 Aktiebolaget NN oraz w sprawie C-231/94 Faaborg-Gelting Linien.

Definicja świadczenia kompleksowego

Jak stanowi wyrok TSUE z 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04 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.**

W przytoczonym wyroku, TSUE wskazuje również, że istotne jest określenie istoty świadczeń z uwzględnieniem wszystkich okoliczności danej sprawy. Ważne jest więc ustalenie czy świadczenia są ze sobą ściśle związane w taki sposób, że samodzielnie nie przynoszą wymaganej praktycznej korzyści z punktu widzenia odbiorcy świadczenia.

Tożsame stanowisko zaprezentowano w wyroku TSUE z dnia. 21 lutego 2008 r. w sprawie C425/06 Ministero dell'Economia e delle Finanze przeciwko Part Service Srl, w którym sformułowano kryteria przesądzające o tym, kiedy występuje świadczenie złożone. TSUE ponownie potwierdził, że ma ono miejsce w sytuacji, gdy:

1. świadczenie pomocnicze nie stanowi celu samego w sobie, lecz stanowi środek do korzystania na jak najlepszych warunkach z usługi podstawowej,
2. poszczególne czynności są ze sobą tak ściśle związane, że ich rozdzielenie miałyby charakter sztuczny.

Powyższe poglądy znajdują również potwierdzenie w wyrokach w sprawie C-88/09 *Graphic Procede TSUE* oraz w sprawie C-2/95 *Sparekassernes Datacenter- (SDC)*.

W tym miejscu należy zaznaczyć, że Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej dokonuje interpretacji przepisów dotyczących podatku od towarów i usług, który to podatek powinien być zharmonizowany na terytorium wszystkich państw członkowskich Unii Europejskiej. Sposób rozumienia pewnych pojęć zaprezentowany przez TSUE powinien być więc wspólny we wszystkich krajach członkowskich Unii Europejskiej.

Usługa główna oraz usługi pomocnicze

W praktyce wykształciło się założenie, że w ramach świadczenia kompleksowego można wyróżnić usługę główną, która ma charakter wiodący oraz usługi pomocnicze, które mają charakter wtórny i wspomagający dla usługi głównej. Potwierdzają to wyroki TSUE wydawane na przestrzeni lat m.in. wyrok TSUE z dnia 10 listopada 2016 r. w sprawie C-432/15 oraz wyrok TSUE z dnia 11 lutego 2010 r. w sprawie C-88/09.

Jak wskazuje pierwszy z przytoczonych wyroków: „Jedna transakcja występuje w szczególności wtedy, gdy dwa lub więcej elementów albo dwie lub więcej czynności, dokonane przez podatnika, są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie tylko jedno niepodzielne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałyby charakter sztuczny. Mamy również do czynienia z jedną usługą w przypadku, gdy kilka elementów powinno zostać uznanych za konstytutywne dla usługi głównej, podczas gdy, przeciwnie, jedna lub więcej usług powinny być postrzegane jako jedna lub więcej usług pomocniczych, dzielących w zakresie opodatkowania los prawny usługi głównej”.

Stanowisko prezentowane przez TSUE wskazuje na to, że świadczenia pomocnicze podlegają opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług na takich samych zasadach jak świadczenie główne, natomiast świadczeniem pomocniczym jest takie świadczenie, które służy lepszemu wykorzystaniu świadczenia głównego (wyrok TSUE w sprawie C-349/96).

Tożsamy pogląd wyraża się również w polskim orzecznictwie. W interpretacji indywidualnej Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 5 lutego 2019 r. o sygn. 0114KDIP4.4012.795.2018.2.RK, organ podatkowy podkreślił, że z ekonomicznego punktu widzenia usługi nie powinny być dzielone dla celów podatkowych wówczas, gdy tworzyć będą jedną usługę kompleksową, obejmującą kilka świadczeń pomocniczych: Określił również przesłanki do stwierdzenia czy dana usługa stanowi usługę złożoną:

(...) stwierdzić należy, że ze świadczeniem usługi złożonej (kompleksowej) mamy do

czynienia wówczas, gdy świadczenie usługodawcy jest rozbudowane i obejmuje dwie lub więcej pojedynczych czynności (świadczeń), będących elementami częściowego zobowiązania strony transakcji, Jednocześnie usługa taka, jeśli może zostać uznana za usługę o charakterze złożonym, podlega opodatkowaniu jednolitą stawką podatku od towarów i usług, właściwą dla świadczenia podstawowego, głównego.

Przedmiotem rozważań organu w przedstawionej interpretacji indywidualnej było zastosowanie 8% stawki VAT dla kompleksowej usługi w zakresie usuwania i obróbki odpadów. Organ podatkowy zaznaczył, że w ramach zamówienia Wnioskodawca będzie wykonywał szereg czynności, m.in. oznaczenie prób odpadów, transport odpadów, unieszkodliwienie odpadów oraz ochrona terenu prac. **Zaznaczył, że wszystkie te czynności prowadzą do wykonania konkretnej usługi, która w tym przypadku jest usługą unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych lub innych niż niebezpieczne. Czynności te tworzą jedną całość, a ich podział na odrębne usługi miałby charakter sztuczny.**

Przesłanki uznania świadczenia za świadczenie kompleksowe

Podsumowując, na podstawie Dyrektyw Unii Europejskiej, a także na podstawie orzecznictwa Trybunatu Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz orzecznictwa krajowego można sformułować przesłanki, które wskazują kiedy dane świadczenie należy potraktować jako świadczenie kompleksowe:

Transakcja składa się z wielu elementów składowych.

Jak bowiem wskazuje ugruntowana linia orzecznicza, jedna transakcja występuje w wypadku, gdy dwa lub więcej elementów albo dwie lub więcej czynności dokonane przez podatnika, są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie tylko jedno niepodzielne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny (wyroki TSUE: z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04 Levob Verzekeringen i OV Bank, Zb. Orz. s. 1-9433; z dnia 29 marca 2007 r. w sprawie C-111/05 Aktiebolaget NN, Zb. Orz. s. 1-2697).

Jeden z elementów transakcji stanowi świadczenie główne

Oprócz orzecznictwa Trybunatu Sprawiedliwości Unii Europejskiej, również w wyroku WSA w Gdańsku z dnia 6 lutego 2018 r., sygn. akt I SA/Gd 1727/17 sąd podkreślił, iż o kompleksowości świadczeń można mówić, gdy czynności są tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie tylko jedno nierozdzielne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, albo gdy co najwyżej jeden element stanowi świadczenie

główne, podczas gdy przeciwnie, jedno lub więcej świadczeń jest postrzegane jako jedno lub więcej świadczeń pomocniczych dzielących los świadczenia głównego.

Wyjaśnienie zastosowanej stawki VAT dla poszczególnych pozycji w zestawieniu cenowym

Wyjaśnienie dotyczące pozycji 45, 48, 49 zestawienia cenowego na potrzeby Przetargu

Wskazane w Wezwaniu pozycje 45, 48 oraz 49 są bezpośrednio związane z systemem RFID, który wspiera proces zarządzania gospodarowania odpadami oraz dotyczą odpowiednio:

poz. 45 - wdrożenia i utrzymania systemu RFID na terenie gminy Miękinia,

poz. 48 - wyposażenia urządzeń do zbierania odpadów-pojemników w naklejki określające rodzaj zbieranych odpadów,

poz. 49 - wyposażenia urządzeń do zbierania odpadów-pojemników w transpondery RFID (czipy).

System RFID (ang. Radio-Frequency Identification) to technika wykorzystująca fale radiowe do przesyłania danych oraz zasilania elektronicznego układu stanowiącego etykietę obiektu przez czytnik w celu identyfikacji obiektu. W gospodarowaniu odpadami funkcjonalność tego systemu polega przede wszystkim na efektywnym zarządzaniu i kontrolowaniu gospodarki odpadami oraz procesu recyklingu.

W związku z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z 29 grudnia 2016 r. w sprawie szczegółowego sposobu selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów, po stronie gmin powstała potrzeba identyfikowania oraz kontrolowania odpadów, a także ich wytwórców w celu zastosowania się do ujednoczonych standardów selektywnego zbierania odpadów. System RFPD stanowi więc narzędzie służące do monitorowania rodzajów odpadów, których pozbywają się mieszkańcy nieruchomości, zdefiniowania poprawności prowadzonej segregacji odpadów oraz kontroli poprawnego wykonywania usługi odbioru odpadów przez wykonawców.

W kontekście 8% stawki VAT zastosowanej dla pozycji 45, 48 oraz 49 należy wskazać, że usługi zawierające się w wymienionych pozycjach stanowią usługi pomocnicze dla usługi głównej polegającej na gospodarowaniu odpadami, która zgodnie z poz. 27 i nast. Załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług została objęta preferencyjną stawką 8%. Stanowią one swoiste wsparcie procesu gospodarowania odpadami oraz służą optymalizacji tego procesu.

Gmina Miękinia w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej również jako: SIWZ) określiła, że przetarg przeprowadzony jest pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów

komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Miękinia w 2021 roku” co może determinować rozumienie przedmiotu Przetargu właśnie jako „odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych”. Wdrożenie oraz korzystanie z systemu RFID bynajmniej nie stanowi celu samego w sobie, a jedynie służy optymalizacji oraz wspiera zarządzanie procesem gospodarowania odpadów.

W wyroku z dnia 13 stycznia 2015 r. w sprawie I FSK 1913/13 Naczelny Sąd Administracyjny wskazał, że w szczególności świadczenie należy uznać za dodatkowe w stosunku do świadczenia głównego, jeżeli nie stanowi ono dla klienta celu samo w sobie, lecz służy skorzystaniu w jak najlepszy sposób ze świadczenia głównego. Przenosząc przedstawione stanowisko na grunt rozpoznawanej sprawy należy wskazać, że zarówno usługi wykazane w pozycji 45, jak i w pozycji 48 oraz 49 zestawienia cenowego stanowią jedynie usługi wspomagające działania związane z gospodarowaniem odpadów, a nie usługę główną świadczoną na rzecz gminy. Wdrożenie systemu RFID jedynie na potrzeby samego jego wdrożenia nie generowałoby dla odbiorcy żadnej wartości, ponieważ system ten służy zarządzaniu innymi procesami i ma w stosunku do nich charakter pomocniczy.

Również w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 20 lutego 2019 r. w sprawie III SA/Wa 1077/18 pojawiła się kwestia usługi głównej oraz pomocniczej, gdzie WSA zaznaczył, że dla poprawnego ich określenia pod uwagę należy wziąć podstawową potrzebę odbiorcy, Uznanie za usługę kompleksową świadczenia polegającego na termicznym przekształceniu odpadów wraz z innymi działaniami Sąd argumentował następująco:

„Reasumując, opis zdarzenia przyszłego zdaniem sądu pierwszej instancji wskazuje, że podstawową potrzebą odbiorcy w zakresie inwestycji a tym samym najistotniejsza z gospodarczego punktu widzenia nabywcy jest usługa termicznego przekształcania odpadów a nie usługa obejmująca serwisowanie i utrzymanie instalacji. Z perspektywy Zamawiającego, celem wiodącym Przedsięwzięcia (świadczeniem zasadniczym, dominującym) jest termiczne przetworzenie odpadów z odzyskiem energii. Natomiast wykonanie przez partnera prywatnego pozostałych czynności wschodzących w skład Obsługi będzie mieć wartość funkcjonalną dla Zamawiającego wyłącznie pod takim warunkiem, że czynności te będą realizowane łącznie ze świadczeniem zasadniczym (dominującym), jakim jest termiczne przetwarzanie odpadów. Z punktu widzenia Zamawiającego, aktywności dodatkowe (tj. inne niż świadczenie zasadnicze w postaci termicznego przetwarzania odpadów) realizowane przez Wykonawcę w Okresie Obsługi albo (jak czynności utrzymania/zarządzania i konserwacji Instalacji) będą środkiem do lepszego wykonania usługi zasadniczej w postaci termicznego przetwarzania odpadów, albo (jak odzysk energii) podwyższą jakość, w szczególności, standard ekologiczny tej usługi. ”

Dodatkowo WSA orzekł, że z uwagi na to, że ww. usługi potraktowano jako usługę kompleksową to dla wszystkich z nich właściwe będzie zastosowanie stawki podatku w wysokości 8%.

Odnosząc argumentację wyrażoną w powyższym wyroku odpowiednio do pozycji 45, 48 oraz 49 zestawienia cenowego wskazać należy, że zarówno wdrożenie i utrzymanie systemu RFID, wyposażenie urządzeń do zbierania odpadów-pojemników w naklejki określające rodzaj zbieranych odpadów oraz wyposażenie urządzeń do zbierania odpadów-pojemników w transpondery RFID (czipy) nie będą mieć dla Zamawiającego wartości funkcjonalnej, jeśli nie będą służyć usłudze głównej. Wymienione działania pomocnicze będą tworzyć wartość dla Zamawiającego jedynie w przypadku wspierania i połączenia z usługą główną, którą jest zagospodarowanie odpadów.

W orzeczeniu w sprawie C-41/04 Levob Verzekeringen, TSUE analizował problem związany z dostarczeniem nabywcy typowego, standardowego oprogramowania oraz - jednocześnie usługi jego dostosowania do indywidualnych potrzeb klienta, przy czym klient otrzymywał od dostawcy od razu oprogramowanie dostosowane do jego potrzeb. Powstała więc wątpliwość czy takie świadczenie na rzecz podatnika miało charakter jednorodny. W celu określenia, czy mamy do czynienia z usługą kompleksową należy - wg TSUE poszukiwać elementów charakterystycznych dla rozpatrywanej usługi celem określenia, czy podatnik dostarcza konsumentowi kilka odrębnych świadczeń głównych, czy też jedno świadczenie. We wskazanym orzeczeniu TSUE wskazał na konieczność dokonania analizy charakteru transakcji także z punktu widzenia nabywcy.

Zarówno w omawianym wyroku, jak i w przedmiotowej sprawie to właśnie perspektywa nabywcy powinna być podstawą do ustalenia, jaki jest rzeczywisty charakter świadczenia. Trybunał podkreślił fakt, iż w rozpatrywanej przez niego sprawie: nabycie przez klienta samego standardowego oprogramowania nie było w żaden sposób użyteczne”, Również w kontekście Przetargu wdrażany przez Wykonawcę system RFID-dla Zamawiającego będzie wartością dopiero po przystosowaniu systemu i jego infrastruktury (pojemniki, naklejki, chipy) do potrzeb Gminy w bezpośrednim połączeniu z usługą gospodarowania odpadami przez Wykonawcę, a nie w momencie wdrożenia systemu samego w sobie. System RFID bez powiązania go z usługą główną nie spełnia swojego celu, którym jest optymalizacja oraz zarządzanie procesem zagospodarowania odpadów.

Potwierdzeniem prawidłowości stanowiska Wykonawcy jest również interpretacja indywidualna wydana przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej dnia 7 marca 2019 r. sygn. 0115-KDIT1-1.4012.923.2018.2.RH. O wydanie interpretacji indywidualnej zwróciła się Gmina, która zamierzała przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

na transport i unieszkodliwienie nielegalnie zmagazynowanych odpadów. W SIWZ wskazano, że przedmiot zamówienia będzie obejmował szereg czynności polegających na oznaczaniu próbek odpadów (określaniu kodów odpadów oraz ich składu), transporcie odpadów z miejsca magazynowania do miejsca unieszkodliwienia oraz przygotowaniu odpadów do transportu, unieszkodliwieniu odpadów płynnych (w tym niebezpiecznych) oraz na zabezpieczeniu miejsca magazynowania. Wątpliwości Gminy dotyczyły ustalenia czy wymienione usługi stanowią usługę kompleksową czy też każda z usług wchodzących w skład zamówienia powinna zostać opodatkowana odrębnie, właściwą dla niej stawką.

W niniejszej interpretacji organ podatkowy kierując się orzecznictwem TSUE prawidłowo ocenił stanowisko Gminy, w którym Gmina uznała, że będzie miała do czynienia z usługą kompleksową i przychylił się do opodatkowania tej usługi jednolitą stawką VAT wynoszącą 8%. Swoje stanowisko Gmina argumentowała tym, że „wszystkie wymienione w umowie czynności, które będą realizowane przez wyłonionego w drodze przetargu Wykonawcę są niezbędne i wymagane do zakończenia usługi. Wnioskodawca wskazuje, iż bez zbadania próbek i sklasyfikowania odpadów, nie można dokonać kolejnych czynności w zakresie zagospodarowania lub unieszkodliwienia. Następnie, nie ma możliwości wykonania przedmiotowej usługi bez transportu odpadów do wyspecjalizowanego w zakresie gospodarowania odpadami przedsiębiorstwa wykonawcy. Również usługa ochrony całego procesu likwidacji składowiska (m.in. ochrona przed kradzieżą sprzętu, maszyn, złomu, ochrona przed podpaleniem czy niekontrolowanym wstępem osób nieupoważnionych) jest niezbędnym i nierozłącznym elementem w procesie likwidacji nielegalnego składowiska.

Na podstawie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, analizy dotyczącej świadczeń kompleksowych oraz stanowisk wyrażonych w orzeczeniach Sądów Administracyjnych należy stwierdzić, że odpowiednio:

- poz. 45 - wdrożenia i utrzymania systemu RFID na terenie gminy Miękinia,
- poz. 48 - wyposażenia urządzeń do zbierania odpadów-pojemników w naklejki określające rodzaj zbieranych odpadów,
- poz. 49 - wyposażenia urządzeń do zbierania odpadów-pojemników w transpondery RFID (czipy),

stanowią usługi pomocnicze dla usługi głównej polegającej na gospodarowaniu odpadami, w związku z czym podlegają opodatkowaniu stawką właściwą dla usługi głównej tj. stawką 8% zgodnie z poz. 27 i nast. Załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług.

Wyjaśnienie dotyczące pozycji 50 i 51 zestawienia cenowego na potrzeby Przetargu

W myśl art. 3 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach zadaniem gminy jest zapewnienie czystości i porządku na swoim terenie oraz stworzenie warunków niezbędnych do ich utrzymania, a w szczególności tworzenie punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych w sposób zapewniający łatwy dostęp dla wszystkich mieszkańców gminy, które zapewniają przyjmowanie co najmniej takich odpadów komunalnych jak m.in. przeterminowane leki, zużyte baterie i akumulatory.

Wskazane w Wezwaniu pozycje 50 oraz 51 dotyczą odpowiednio:

- Poz. 50 - wyposażenia w pojemniki do zbierania przeterminowanych leków,
- Poz. 51 — wyposażenia w pojemniki do zbierania zużytych baterii i akumulatorów przenośnych.

Powyższe pozycje odzwierciedlają część obowiązków nałożonych na gminę w zakresie administrowania, przechowywania, gospodarowania oraz przygotowania do dalszego transportu odpadów zbieranych selektywnie. Stanowią również przedmiot zamówienia w Przetargu.

Zgodnie z art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach przez gospodarowanie odpadami rozumie się zbieranie, transport, przetwarzanie odpadów, łącznie z nadzorem nad tego rodzaju działaniami, jak również późniejsze postępowanie z miejscami unieszkodliwiania odpadów oraz działania wykonywane w charakterze sprzedawcy odpadów lub pośrednika w obrocie odpadami, natomiast zgodnie z ust. 6 odpadami są wszystkie substancje lub przedmioty, których posiadacz się pozbywa, zamierza się pozbyć lub do których pozbycia się jest obowiązany.

W SIWZ wskazano, że przedmiot zamówienia obejmuje odpowiednio odbieranie, zbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych powstałych i zebranych nie tylko na wszystkich nieruchomościach położonych w granicach administracyjnych Gminy Miękinia, ale również z punktów ogólnodostępnych oraz z punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych (dalej również jako: PSZOK), czyli punktów w których składowane są m.in. odpady, o których mowa w pozycji 50 oraz 51 tj. przeterminowane leki, zużyte baterie i akumulatory przenośne.

Mając na uwadze obowiązki jakie nakłada na gminę ustawa o odpadach, ustawa o utrzymaniu czystości i porządku, a także Rozporządzenie Ministra Środowiska z 29 grudnia 2016 r. w sprawie szczegółowego sposobu selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów, wskazać należy, że pozycje 50 oraz 51 zestawienia cenowego stanowią nieodłączne elementy usługi związanej z gospodarowaniem odpadami, a tym samym

bezpośrednio przekładają się na realizację obowiązków gminy i zapewniają kompletność ich wykonania.

Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej w interpretacji indywidualnej z dnia 12 lutego 2018 r. sygn. 0114-KDIP1-1.4012.624.2017.2.KBR wyraził stanowisko tożsame ze stanowiskami TSUE wcześniej prezentowanymi w niniejszym Wyjaśnieniu. Organ podatkowy wskazał, że:

W konsekwencji, jeżeli podatnik wykonuje więcej niż jedno świadczenie na rzecz klienta i są one ze sobą powiązane tak, że z ekonomicznego punktu widzenia tworzą jedną całość, którą jedynie sztucznie można byłoby podzielić to te elementy lub świadczenia - dla celów podatku od towarów i usług - stanowią jedną czynność. O świadczeniu złożonym można więc mówić, jeśli istnieje funkcjonalny związek pomiędzy poszczególnymi elementami świadczenia na tyle ścisły, by nie można było wydzielić z tego świadczenia jego poszczególnych elementów i potraktować ich jako świadczeń odrębnych. Muszą one stanowić jedną nierozzerwalną całość.

Za potraktowaniem pozycji 50 i 51 jako usług pomocniczych dla gospodarowania odpadami może przemawiać również fakt, że wykonywaniem wszystkich tych czynności zgodnie z warunkami Przetargu zajmie się jeden podmiot. Odmienna sytuacja została przedstawiona np. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 sierpnia 2020 r. w sprawie KIO 1558/20 gdzie wskazano, że odbiorem odpadów z punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych i odbiorem pozostałych odpadów zajmują się różne podmioty co wyklucza uznanie, że usługa transportu odpadów z PSZOK ma charakter służebny w stosunku do usługi odbioru odpadów od mieszkańców. W związku z tym nie można ich uznać za jedną usługę o charakterze kompleksowym oraz zastosować jednolitej stawki podatku od towarów i usług.

Mając na uwadze przedstawione przepisy prawa, orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz stanowiska organów podatkowych wyrażonych w wydawanych interpretacjach indywidualnych należy stwierdzić, że odpowiednio:

- poz. 50 - wyposażenie w pojemniki do zbierania przeterminowanych leków,
- poz. 51 — wyposażenie w pojemniki do zbierania zużytych baterii i akumulatorów przenośnych,

stanowią usługi pomocnicze dla usługi głównej polegającej na gospodarowaniu odpadami, w związku z czym podlegają opodatkowaniu stawką właściwą dla usługi głównej tj. stawką 8% zgodnie z poz. 27 i nast. Załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług.

Podsumowanie

Wszystkie czynności będące przedmiotem niniejszego Wyjaśnienia należy traktować jako element jednego świadczenia kompleksowego wykonywanego na rzecz Zamawiającego, które służy osiągnięciu wspólnego celu oraz pomoc przy wypełnianiu obowiązków Gminy w zakresie gospodarowania odpadami. Każda ze wskazanych pozycji służy wykonaniu przedmiotu Przetargu oraz stanowi czynność pomocniczą, która służy wyłącznie wykonaniu czynności głównej.

Zastosowanie jednolitej stawki podatku od towarów i usług w odniesieniu do czynności wskazanych w niniejszym Wyjaśnieniu jest działaniem prawidłowym w kontekście potraktowania ich jako świadczenia kompleksowego. Odpowiednio wdrożenie i utrzymanie systemu RFID na terenie gminy Miękinia (poz. 45), wyposażenie urządzeń do zbierania odpadów-pojemników w naklejki określające rodzaj zbieranych odpadów (poz. 48), wyposażenie urządzeń do zbierania odpadów-pojemników w transpondery RFID (czipy) (poz. 49), wyposażenie w pojemniki do zbierania przeterminowanych leków (poz. 50) oraz wyposażenie w pojemniki do zbierania zużytych baterii i akumulatorów przenośnych (poz. 51) stanowią świadczenia pomocnicze dla gospodarowania odpadami i służą jemu najlepszemu wykonaniu.

Wymienione czynności tworzą obiektywnie jedno nierozzerwalne świadczenie gospodarcze i dzielają los świadczenia głównego, co przesądza o opodatkowaniu ich jednolitą stawką podatku od towarów i usług odpowiednią dla usługi gospodarowania odpadami, która zgodnie z poz. 27 i nast. Załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług została opodatkowana preferencyjną stawką 8% VAT.

Co do zarzutu dotyczącego przedstawienia informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego

Co więcej, zdaniem Przystępującego, sformułowany przez Odwołującego zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp jest przejawem skrajnego formalizmu Odwołującego, a stawiany zarzut pozostaje w całkowitym oderwaniu od celu zarówno przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, jak i art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp.

Celem przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp jest bowiem ochrona zamawiającego przed nieuczciwym, nierzetelnym i nieprofesjonalnym działaniem wykonawców. Takiego zachowania nie sposób jednak przypisać Przystępującemu.

Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2019 r.: „Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest zaś jego celem. Taki również nie jest cel art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Służy on bowiem do eliminowania z postępowania wykonawców, którzy przekazali informacje wprowadzające zamawiającego w błąd co do istotnych elementów postępowania przetargowego.” (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 sierpnia 2019 r., sygn. akt: KIO 1576/19, LEX nr 2738640).

W analizowanym stanie faktycznym istotnym elementem dla Postępowania jest zbadanie, czy Przystępujący podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp. Tymczasem odpowiedź na to pytanie jest jednoznaczna Przystępujący nie podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp, co dla Zamawiającego było wręcz oczywiste.

Godzi się bowiem przypomnieć, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2019 r. poz. 369, 1571 i 1667), złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

A zatem podstawa wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp wystąpi wówczas, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyli wykonawcy, należący do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Tymczasem w postępowaniu zostały złożone tylko dwie oferty.

budziło wątpliwości Zamawiającego, zwłaszcza w kontekście innych dokumentów, jakie w toku Postępowania zostały złożone przez tych wykonawców (np. KRS Przystępującego czy oświadczenie dotyczące przynależności do grupy kapitałowej, jakie złożył Odwołujący).

Skoro tak, to nie można mówić o spełnieniu względem Przystępującego przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Zamawiający nie mógł zostać wprowadzony przez Przystępującego w błąd co do braku podstaw do wykluczenia go z Postępowania, bowiem takich podstaw rzeczywiście nie ma i nie budziło to wątpliwości Zamawiającego. Poza tym okoliczność pozostawania przez Przystępującego w grupie kapitałowej (nie obejmującej Odwołującego) wynika wprost z dokumentu rejestrowego Przystępującego, który był przecież złożony Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp. W świetle powyższego złożona przez Przystępującego informacja dotycząca pozostawania w grupie kapitałowej pozostaje bez znaczenia dla wyniku Postępowania.

Mając powyższe na uwadze nie sposób stawianego przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp za zasadny, zwłaszcza że Odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek tego artykułu, w szczególności możliwości wprowadzenia w błąd Zamawiającego i istotnego wpływu tych informacji na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu.

W tym stanie rzeczy orzeczono jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, a także w oparciu o przepisy § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł.

Przewodniczący: