

**WYROK**

**z dnia 9 stycznia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2013 r. przez „**Zakład Utylizacji Odpadów**” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. 11 Listopada 19, 08-110 Siedlce, w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Siedlce, ul. Asłanowicza 10, 08-110 Siedlce,**

**orzeka:**

**1) oddala odwołanie;**

2) kosztami postępowania obciąża „Zakład Utylizacji Odpadów” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. 11 Listopada 19, 08-110 Siedlce i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania,

2.1 zasądza od wykonawcy „Zakład Utylizacji Odpadów” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. 11 Listopada 19, 08-110 Siedlce na rzecz Gminy Siedlce, ul. Asłanowicza 10, 08-110 Siedlce kwotę 3 600 zł z tytułu uzasadnionych kosztów strony postępowania odwoławczego - wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Siedlcach**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Wykonawca - „Zakład Utylizacji Odpadów” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siedlcach - odwołujący w postępowaniu odwoławczym, wniósł odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez zamawiającego - Gminę Siedlce. Przedmiotem zamówienia jest usługa „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Siedlce z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, nr GPI.271.54.2013.MW”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr 2013/S 202-34 9959 w dniu 17.10.2013 r.

I. Odwołujący zarzucił zamawiającemu, jako bezpodstawne, czynności i zaniechania polegające na:

- 1) odrzuceniu oferty odwołującego;
- 2) zaniechaniu odrzucenia ofert wykonawców: REMONDIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, MPK Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce, EkoTeam Sp. z o.o. z siedzibą w Węgrowie, „CZYŚCIOCH bis” Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach, PUK SERWIS Sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach.

Zaskarżonym czynnościom zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp w związku z art. 41 ust. 1 i załącznika nr do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 177, poz. 1054, z późn. zm.) przez odrzucenie oferty odwołującego z powodu sprzeczności z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ” i zawierającej błąd w obliczeniu ceny, w sytuacji gdy brak było opisanych przesłanek do dokonania tych czynności;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp w związku z art. 41 ust. 1 i załącznika nr do ustawy o podatku od towarów i usług przez zaniechanie odrzucenia ofert: REMONDIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, MPK Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce, EkoTeam Sp. z o.o. z siedzibą w Węgrowie, „CZYŚCIOCH bis” Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach, PUK SERWIS Sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach, w sytuacji gdy te oferty pozostają w sprzeczności z

postanowieniami SIWZ i zawierają błędy w obliczeniu ceny oraz zachodzą przesłanki do dokonania takich czynności.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) odrzucenia ofert: REMONDIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, MPK Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce, EkoTeam Sp. z o.o. z siedzibą w Węgrowie, „CZYŚCIOCH bis” Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach, PUK SERWIS Sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach;
- 3) obciążenie kosztami postępowania zamawiającego na rzecz odwołującego.

Odwołujący wskazał, że podjął wiadomość o czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty w dniu 12 grudnia 2013 r., tj. w dniu wpływu faksu zawierającego zawiadomienie o odrzuceniu oferty. Zachował termin do wniesienia odwołania, gdyż upływ dziesięciodniowego terminu do złożenia odwołania przypadał na dzień ustawowo wolny od pracy (niedziela), termin ten upływał, zgodnie z przepisami art. 115 Kc, w dniu następnym, tj. w dniu 23 grudnia 2013 r.

Uzasadnienie. Według SIWZ, pkt 13, jedynym kryterium wyboru oferty jest cena brutto. Według punktu 12 wykonawca był zobowiązany do skalkulowania ceny oferty tak, aby obejmowała wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz warunki stawiane przez zamawiającego. W załączniku nr 1 do SIWZ - formularz oferta wykonawcy - zamawiający zażądał aby wykonawcy określili wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie brutto obejmujące koszty brutto przyjęcia na składowisko odpadów zmieszanych, koszty brutto przyjęcia na składowisko odpadów selektywnych, koszty brutto selektywnej zbiórki (zakup worków), koszty brutto obsługi przewozu.

Wykonując powyższe postanowienia SIWZ, odwołujący sporządził i złożył ofertę na kwotę 1 345 335,10 zł obejmującą wymagane w formularzu ofertowym pozycje kosztowe z 8% stawką podatku VAT dla kosztów przyjęcia odpadów zmieszanych, kosztów przyjęcia odpadów selektywnych i kosztów obsługi przewozu i 23% stawką VAT dla kosztu selektywnej zbiórki tj. zakupu worków. Zastosowane przez odwołującego stawki, tj. preferencyjna stawka podatku VAT 8% jest zgodna z załącznikiem nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług dla pozycji 1, 2, 4, natomiast stawka podstawowa 23% dla pozycji 3 formularza ofertowego jest zgodna z art. 41 ust. 1 w związku z art. 146a tej ustawy.

Pismem z dnia 3.12.2013 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, m.in. w zakresie przyczyn zastosowania różnych stawek VAT. Pismem z dnia 5.12.2013 r.

odwołujący wyjaśnił, że zastosował różne stawki podatku VAT z uwagi na treść załącznika nr 1 do SIWZ, która zobowiązywała podać koszty brutto dla poszczególnych składników zamówienia, w tym zakup worków określonych w załączniku nr 1 do SIWZ, pozycja 2 tabeli zamieszczonej w formularzu ofertowym. Stawki te zostały określone zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Według ustalonego orzecznictwa sądowego, co do zasady, każde świadczenie dla celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług powinno być traktowane, jako odrębne i niezależne (Interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy (ITPP1/443-697a/13/DM z dnia 17.10. 2013 r.). Dopiero za pewne odstępstwo i wyjątek należy uznać potraktowanie pewnych kilku świadczeń odrębnie. Skoro zamawiający w formularzu ofertowym zażądał określenia kosztów poszczególnych elementów zamówienia z różnymi stawkami podatku VAT, to jest oczywistym, że odwołujący powinien przy określaniu ceny brutto całego zamówienia uwzględnić różne stawki VAT dla elementów zamówienia wymienionych w formularzu ofertowym. Inne rozumowanie byłoby w sprzeczności z treścią formularza ofertowego - tj. brak jest celu określenia kosztów poszczególnych części elementów zamówienia w formularzu ofertowym w oderwaniu od skutków podatkowych w postaci zastosowania różnych stawek podatku VAT.

Zdaniem odwołującego, wyliczenie ceny brutto wymaganej przez zamawiającego jest zgodne z obowiązującymi przepisami ustawy o podatku od towarów i usług i postanowieniami SIWZ. W szczególności postanowienia wzoru do umowy załączonego do SIWZ nie wykluczają oddzielnego fakturowania worków ze stawką podstawową 23% podatku VAT i fakturowania pozostałych elementów tego zamówienia objętych preferencyjną stawką podatku VAT w wysokości 8% w rozliczeniu w cyklach miesięcznych.

Z uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 924/10, str. 137, wynika, że dopuszczalne jest zastosowanie różnych stawek podatku VAT w przypadku ustanowienia ceny ryczałtowej (jak to przyjęto w przedmiotowym postępowaniu) ponieważ to na wykonawcy, a nie na zamawiającym ciąży obowiązek prawidłowego obliczenia podatku VAT i zapłacenia go fiskusowi, natomiast po stronie zamawiającego zapłacenie wskazanej w ofercie ceny końcowej brutto wykonawcy.

Z uwagi fakt, że odwołujący obliczył cenę oferty zgodnie z SIWZ, brak jest podstaw do odrzucenia jego oferty.

Natomiast odrzucone winny być oferty REMONDIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, MPK Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce, EkoTeam Sp. z o.o. z siedzibą w Węgrowie, „CZYŚCIOCH bis” Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach, PUK SERWIS Sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach, jako

niezgodne z SIWZ i zawierające błędy w obliczeniu ceny. Wykonawcy ci zastosowali dla wszystkich pozycji kosztowych jedną stawkę podatku VAT, co jest niezgodne z załącznikiem nr do SIWZ oraz art. 41 ust. 1 i załącznikiem nr 3 poz. 143-145 do ustawy o podatku od towarów i usług.

Z tych względów odwołujący wniósł, jak na wstępie.

Pismem z dnia 8 stycznia 2014 r. odwołujący sprostował odwołanie, wskazując pominięte w nim fragmenty, będące wynikiem omyłki przy kopiowaniu powtarzających się treści:

- oznaczenie załącznika do ustawy o podatku od towarów i usług, jako załącznika nr 3,
- oznaczenie wykonawców, których oferty zostały objęte żądaniem odrzucenia, tj. REMONDIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, MPK Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce, EkoTeam Sp. z o.o. z siedzibą w Węgrowie, „CZYŚCIOCH bis” Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach, PUK SERWIS Sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach.

W uzasadnieniu pisma odwołujący stwierdził, że jest oczywistym, że żąda nakazania odrzucenia ofert: REMONDIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, MPK Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrołęce, EkoTeam Sp. z o.o. z siedzibą w Węgrowie, „CZYŚCIOCH bis” Sp. z o.o. z siedzibą w Suwałkach, PUK SERWIS Sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach, co wynika z odwołania i z uzasadnienia odwołania (wskazał punkty - zarzuty i uzasadnienie odwołania - str. 5).

II. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o jego oddalenie. W uzasadnieniu pisma wskazał, że zgodnie z SIWZ przedmiotem zamówienia jest m.in. odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych, wykazanych w tabeli 1 OPZ, powstałych i zbieranych z nieruchomości wyszczególnionych w załączniku do umowy, na których zamieszkują mieszkańcy, położonych w granicach administracyjnych Gminy Siedlce (pkt 2.1 SIWZ). Dodatkowo z SIWZ wynika, że przedmiotem zamówienia jest również wyposażenie nieruchomości wyszczególnionych w załączniku do umowy, na których zamieszkują mieszkańcy, w worki służące do odbioru odpadów komunalnych (pkt 3.3 SIWZ). Dalej z SIWZ wynika, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia jest obowiązany dostarczać właścicielom nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, uzyskane na własny koszt worki do gromadzenia odpadów segregowanych (suchych, mokrych i zmieszanych).

Jednocześnie z SIWZ wynika, że:

- a) dostarczane worki powinny spełniać wymagania określone w § 4 Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Siedlce,
- b) ilość dostarczanych właścicielom nieruchomości worków na odpady powinna wynikać z faktycznego zapotrzebowania,

- c) wykonawca dostarcza worki na każdą nieruchomość, wyszczególnioną w umowie,
- d) podczas wykonywania czynności odbierania odpadów gromadzonych w sposób selektywny od właścicieli nieruchomości, wykonawca dostarcza worki odpowiednio oznaczone w ilości zgodnej z ilością worków odebranych z nieruchomości,
- e) w przypadku, gdy dostarczona ilość worków lub ich łączna pojemność okaże się niewystarczająca w danym okresie czasu, właściciel nieruchomości powinien mieć możliwość bezpłatnego dobrania worków we wskazanym miejscu przez wykonawcę.

Zgodnie z SIWZ worki do selektywnej zbiórki odpadów komunalnych powinny być: wykonane z folii LDPE o grubości 60µm zapewniającej odporność na rozerwanie; o pojemności 120 l; bez dodatku kadmu, ołowiu i innych pierwiastków szkodliwych dla środowiska; odporne na działanie promieni UV, niskich temperatur oraz środków chemicznych; półprzezroczyste, umożliwiające wizualną kontrolę zawartości; odpowiednio oznaczone nazwą frakcji i opatrzone instrukcją segregowania odpadów (dowód: dokumentacja postępowania).

W ramach prowadzonego postępowania oferty złożyło sześciu wykonawców, w tym odwołujący. W toku prowadzonej oceny ofert, po szczegółowym przeanalizowaniu oferty odwołującego, zapoznaniu się z wyjaśnieniami odwołującego z dnia 5 grudnia 2011 r. (*wskazano błędnie rok 2011, zamiast 2013*), z których wynikało, że w zaoferowanej cenie ryczałtowej odwołujący uwzględnił dwie stawki podatku VAT tj. 8% i 23%, zamawiający podjął w dniu 11 grudnia 2013 r. decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego. W ocenie zamawiającego, zaproponowane w ofercie wynagrodzenie ryczałtowe zawiera błąd w obliczeniu ceny. Sama zaś cena zaproponowana przez odwołującego przy takiej konstrukcji nie jest ceną ryczałtową, a ceną kosztorysową, co również jest niezgodne z SIWZ (dowód: dokumentacja postępowania).

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego wnosząc odwołanie.

W ocenie zamawiającego odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. W pierwszej kolejności zamawiający wskazał, że prowadzi postępowanie, którego celem jest zorganizowanie kompleksowej usługi polegającej na odbieraniu i zagospodarowaniu odpadów komunalnych na terenie Gminy Siedlce.

W tym kontekście podniósł, że przepisy Pzp nie regulują zagadnienia sposobu określenia wynagrodzenia należnego wykonawcy, w tym nie określają obowiązkowych zasad dotyczących dokonywania przez zamawiającego opisu sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę. W świetle art. 139 ust. 1 Pzp kwestia ta pozostawiona została umowie stron i wynikającej z art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego zasadzie swobody umów. Zgodnie z powołanym

przepisem strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Określenie sposobu wynagrodzenia w formie wynagrodzenia ryczałtowego, jak ma to miejsce w postępowaniu, jest dopuszczalne. Zamawiający wskazał, że w ślad za stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 14 lutego 2013 r. UZP/DP/O-AGA/4078/1308/13 (interpelacje), wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenia za całość dzieła lub usługi w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. W tej sytuacji bez znaczenia dla treści oferty wykonawcy pozostaje sposób obliczenia ceny ofertowej, który *de facto* może mieć jedynie charakter informacyjny. Nie istnieje potrzeba szczegółowego określania wysokości wynagrodzenia ryczałtowego. Przenosząc powyższe rozważania na grunt postępowania zamawiający wskazał, że z punktu widzenia zaofertowanej ceny ryczałtowej obejmującej wykonanie zakresu zamówienia objętego przedmiotem zamówienia przewidzianym w SIWZ, pozbawione jest znaczenia faktycznego i prawnego rozbitcie poszczególnych, lecz nie wszystkich kosztów składających się na przedmiot zamówienia.

W ocenie zamawiającego, nie może budzić wątpliwości, że przy ustalonym wynagrodzeniu ryczałtowym, wykonanie usługi przewidzianej w postępowaniu powinno być określone jedną globalną kwotą, która powinna zawierać jedną stawkę podatku VAT, a nie jak to zostało zaproponowane przez odwołującego, dwie stawki. Z opisu w SIWZ wynika, że to, w jaki sposób wykonawca rozliczy - od strony podatkowej - koszty niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia, zostało pozostawione każdemu z wykonawców. Zamawiający wyjaśnił, że z żadnego z postanowień SIWZ nie wynika, aby zamawiający miał nabywać na własność worki przeznaczone do gromadzenia odpadów. Wręcz przeciwnie, to wykonawca zobowiązał się w ramach postępowania do wyposażenia każdej nieruchomości, na której zamieszkują mieszkańcy w worki i odpowiednią ich ilość, systematycznie i w związku z odbiorem odpadów uzupełniając ich ilość. Wskazał, że zgodnie z obowiązującym regulaminem utrzymania czystości i porządku w gminie, co nie jest bez znaczenia dla oceny sprawy, to na zamawiającym ciąży obowiązek zapewnienia worków do zbierania odpadów komunalnych segregowanych (§ 3 ust. 2 uchwały nr XXVIII/248/2013 Rady Gminy Siedlce z dnia 28 marca 2013 r. w sprawie uchwalenia regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Siedlce z późn. zm.). Obowiązek ten w ramach postępowania został nałożony na wykonawcę, który uwzględniając specyfikę rynku oraz własne doświadczenie powinien oszacować kwotę, która umożliwi mu wykonanie przedmiotu umowy, również w tym zakresie. Przy tym zamawiający zauważył, że żadne z postanowień regulaminu, jak i SIWZ nie wymagało od wykonawcy, w tym również od odwołującego, aby przenosił on na Gminę własność worków, w których będą gromadzone odpady (odsprzedawał je), tak jak wynika to z wyjaśnień z dnia 5 grudnia 2013 r. oraz odwołania. Zamawiający nie ingerował w jaki



sposób wykonawca wejdzie w posiadanie worków (np. czy będzie ich producentem czy je zakupi), ani nie wymagał aby worki będące w posiadaniu wykonawcy, w tym przypadku odwołującego, zostały w ramach umowy przeniesione na własność zamawiającego. Z tych względów stanowisko odwołującego, że treść załącznika nr 1 do SIWZ zmuszała go do rozbicia stawki należnego podatku VAT jest nieprawidłowe. Zamawiający dodatkowo zwrócił uwagę, że przy tak określonym wynagrodzeniu ryczałtowym, ani z przepisów powszechnie obowiązującego prawa, ani z postanowień SIWZ, nie wynikał obowiązek wskazywania i rozbijania na kwoty netto i brutto poszczególnych części składowych zamówienia. Zamawiający wskazując formę rozliczenia zamówienia - jako ryczałt - wskazał, że wymagał przedstawienia oferty z jedną kwotą za wykonanie całości zamówienia. Przy rozbiciu poszczególnych elementów składowych zamówienia, a zarazem ponoszonych przez wykonawcę kosztów na poszczególne kwoty, tak jak oczekuje tego odwołujący, *de facto* strony wiązałoby wynagrodzenie kosztorysowe, a nie jak wymagał tego zamawiający w SIWZ, wynagrodzenie ryczałtowe.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem odwołującego wskazującym wyrok Izby z dnia 7 czerwca 2010 r., KIO 924/10, co do stawek VAT dla pozycji kosztorysowych i zakresu obowiązków wykonawcy i zamawiającego.

W ocenie zamawiającego z wyroku nie wynika, że cena ryczałtowa może zawierać dwie stawki podatku VAT, ani że zamawiający nie jest uprawniony do weryfikacji stawki podatku VAT. Z powołanego orzeczenia wynika, że po pierwsze, w badanym stanie faktycznym to w kosztorysie ofertowym zastosowane zostały różne stawki podatku VAT (który ma charakter pomocniczy - tak chociażby KIO w wyroku z dnia 3 czerwca 2013 r., KIO 1177/13, a błędy w nim poczynione, czy brak niektórych pozycji nie stanowią o błędach w treści oferty skutkujących odrzuceniem oferty), zaś cena ryczałtowa kontraktu została zamknięta jedną kwotą i jedną stawką podatkową. Po drugie, obowiązek weryfikacji VAT wynika z przepisów art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Badanie przez zamawiającego zastosowanej przez wykonawcę (w tym przypadku przez odwołującego) stawki VAT ma na celu zapewnienie porównywalności ofert. Wynika to z ustanowionej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców.

Z uwagi na fakt, że zamawiający nie określił właściwej stawki podatku VAT nie miał on możliwości jej ewentualnego poprawiania. Stanowisko to wynika, z uchwały Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r. III CZP 52/2011 (OSNC 2012/4 poz. 44), w której Sąd stwierdził, że „określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp)”.

Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego poprawienie stawki VAT na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest obligatoryjne - jednak tylko w przypadku, gdy stawka podatku została określona w specyfikacji i gdy poprawienie takiej omyłki nie będzie powodować istotnej zmiany w treści oferty. Uchwała Sądu Najwyższego ukształtowała linię orzecniczą sądów powszechnych i Krajowej Izby Odwoławczej po roku 2011. W konsekwencji, orzeczenia KIO w zakresie podatku VAT wydane przed wydaniem uchwały Sądu Najwyższego w związku ze zmianą stanu prawnego straciły na aktualności (wyrok KIO z dnia 30 kwietnia 2013 r., KIO 880/13).

Niezależnie od powyższego, zamawiający zwrócił uwagę, że odwołujący przedstawiając swoje stanowisko bazuje wyłącznie na części SIWZ, pomijając pozostałe jej elementy, w tym w szczególności załącznik nr 7 - wzór umowy. Postępowanie takie jest niewłaściwe i słusznie zostało zakwestionowane przez Krajową Izbę Odwoławczą (wyrok KIO dnia 23 kwietnia 2013 r., KIO 798/13). Z SIWZ wynika w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości, że wykonawca był zobowiązany do podania jednej całkowitej ceny ryczałtowej należnej za prawidłowe i całkowite wykonanie kompleksowej usługi - odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy Siedlce z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. W SIWZ zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał, że wykonawca zobowiązany jest skalkulować cenę oferty tak, aby obejmowała wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia oraz warunki stawiane przez zamawiającego. Wykonawca podaje cenę oferty zgodnie z formularzem ofertowym, ceny należy podać w złotych polskich cyfrowo z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, z wyodrębnieniem należnego podatku VAT i słownie. Jednocześnie z SIWZ wynikało, że oferowana przez wykonawcę cena jest stała i nie podlega waloryzacji w trakcie realizacji zamówienia oraz, że cena może być tylko jedna za oferowany przedmiot zamówienia, nie dopuszcza się wariantowości cen. Powyższe znajduje potwierdzenie w załączniku nr 7 do SIWZ - wzór umowy. Zgodnie z § 6 wzoru umowy wartość wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu wykonywania przedmiotu umowy w całym okresie jej obowiązywania jest ryczałtowa, a wynagrodzenie to obejmuje w szczególności koszty odbierania, transportu i zagospodarowania zmieszanych i selektywnie zbieranych odpadów komunalnych od wszystkich właścicieli nieruchomości zamieszkałych, położonych na obszarze obowiązywania umowy, systematycznego wyposażenie tych nieruchomości w worki do gromadzenia odpadów komunalnych oraz wszystkie inne koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające ze szczegółowego opisu przedmiotu umowy, który stanowi załącznik nr 1 do umowy, jak również wszelkie inne koszty w niej nieujęte, a bez których nie można prawidłowo wykonać zamówienia. Jednocześnie z powołanego paragrafu umowy wynika, że nieuwzględnienie przez wykonawcę jakichkolwiek usług i obowiązków wykonawcy, niedoszacowanie, pominięcie lub brak rozpoznania zakresu jakichkolwiek części przedmiotu

umowy na etapie przygotowania oferty przetargowej, nie może stanowić roszczeń w stosunku do zamawiającego, zarówno w toku realizacji umowy, jak też po wykonaniu przedmiotu umowy, (dowód: dokumentacja postępowania).

Nie sposób uznać, zdaniem zamawiającego, aby w tak określonych warunkach postępowania wykonawca był uprawniony do rozłącznego fakturowania, na co wskazuje chociażby sama treść odwołania, usług wykonywanych w ramach zamówienia, w takim przypadku zaoferowana cena nie miałaby charakteru ceny ryczałtowej, a kosztorysową, która jako taka, jest niezgodna z treścią SIWZ. Zamawiający zwrócił uwagę, że w spornym zakresie, odwołujący na etapie postępowania nie miał żadnych wątpliwości, co do treści SIWZ, nie zadał w związku z tym żadnego pytania. Żadne wątpliwości nie były zgłaszane również przez pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, którzy zresztą składając oferty prawidłowo odczytali intencje zamawiającego i skalkulowali jedną cenę zawierającą jedną stawkę podatku. Zatem, w ocenie zamawiającego, cena zaoferowana przez odwołującego nie jest stosownie do wymagań SIWZ, ceną ryczałtową, posiada cechy ceny kosztorysowej.

Zamawiający zwrócił uwagę, że w świetle obowiązującego orzecznictwa sądowego, w tym również Trybunału Sprawiedliwości UE, jak i Krajowej Izby Odwoławczej, usługa objęta postępowaniem przetargowym może być potraktowana, jako usługa kompleksowa, gdzie usługa zaopatrywania mieszkańców w worki stanowi usługę pomocniczą, służącą lepszemu wykonaniu usługi głównej - odbiór i zagospodarowanie odpadów. W konsekwencji oznaczałoby to, że stanowiąca oś sporu usługa dostarczania worków, powinna podatkowo podzielić los świadczenia głównego. Zamawiający wskazał stanowisko dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu, który w interpretacji podatkowej z dnia 30 marca 2011 r. (ILPPI/443-4/11-4/MP) uznał, że „w przypadku usługi w ramach, której następuje sprzedaż worków przeznaczonych na odpady komunalne należy do tej czynności zastosować obniżoną do 7% stawkę podatku od towarów i usług, o ile sprzedaż ta faktycznie nie stanowi odrębnej od wywozu nieczystości czynności (o czym każdorazowo decyduje charakter zawartej przez podatnika umowy cywilnoprawnej na świadczenie usług) i jest ona sklasyfikowana w PKWiU z roku 1997 pod symbolem 90.00.2. (natomiast wg klasyfikacji z roku 2008 pod symbolem 38.1 „usługi związane ze zbieraniem odpadów”)”. Stanowisko to prezentowane jest również w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (m.in. wyrok z dnia 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96, wyrok z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04).

W powołanych orzeczeniach podnosi się, że różne czynności powinny być postrzegane jako jedno świadczenie, w sytuacji, gdy jeden lub więcej elementów stanowi usługę zasadniczą a inne elementy - usługę poboczną (pomocniczą). Za usługę pomocniczą uznać należy daną czynność, która nie stanowi dla nabywcy celu samego w sobie, lecz służy lepszemu wykorzystaniu usługi zasadniczej. W takim przypadku świadczenie pomocnicze dzielić

będzie podatkowy los świadczenia głównego. Uwzględniając powyższe, zamawiający wskazał, że w realiach postępowania przetargowego, wyposażenie nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, w worki do selektywnej zbiórki odpadów stanowi usługę pomocniczą w stosunku do usług odbierania, zagospodarowania odpadów komunalnych (usługi zasadnicze). W takiej sytuacji usługa dostarczania worków powinna być opodatkowana taką samą stawką podatku VAT (a więc stawką 8%) jak usługi zasadnicze. Co więcej, (...) jeśli dostarczenie części ze świadczeń jednostkowych ma sens i zachowuje swoją wartość dla nabywcy jedynie wówczas, gdy będą one dokonywane wyłącznie razem ze świadczeniem głównym, to wówczas należałoby uznać dostarczenie w jednym czasie i przez tego samego dostawcę świadczenia za jedno świadczenie złożone (kompleksowe) (tak. A. Bartosiewicz, VAT. Komentarz Lex, Wyd. 7, W-wa 2013 r., str. 100). Jest to tym bardziej widoczne w sytuacji, gdzie w przypadku rozdzielenia poszczególnych świadczeń, część z nich (tj. świadczenia pomocnicze) nie przedstawiałyby dla nabywcy żadnej wartości. W przypadku świadczeń złożonych, rozdzielenie poszczególnych z nich dla potrzeb podatku od towarów i usług byłoby sztuczne oraz wypaczałoby ekonomiczny i faktyczny cel dokonywania określonej transakcji. Ujęcie danej transakcji dla potrzeb opodatkowania podatkiem od wartości dodanej powinno zawsze odpowiadać rzeczywistości gospodarczej (ekonomicznej treści transakcji). W przypadku świadczeń złożonych, stanowić powinny one jeden przedmiot opodatkowania.

Zamawiający podkreślił, że na podstawie polskiego i europejskiego orzecznictwa można stwierdzić, iż świadczenie obejmujące z ekonomicznego i gospodarczego punktu widzenia jedną czynność, nie powinno być sztucznie dzielone. W przypadku, gdy wykonywana czynność stanowi dla klienta całość, nie należy jej rozbijać na poszczególne elementy składowe lecz traktować, jako jedno świadczenie, zgodnie z elementem, który nadaje całemu świadczeniu charakter dominujący. Jeśli więc wykonywanych czynności jest więcej, a są one ze sobą ściśle powiązane oraz stanowią całość pod względem ekonomicznym i gospodarczym, to wówczas dla potrzeb VAT należy potraktować je, jako jedną czynność opodatkowaną. Skutkiem powyższego, świadczenie pomocnicze, co do zasady dzieli los prawny świadczenia głównego, w szczególności w zakresie momentu powstania obowiązku podatkowego, miejsca świadczenia oraz stawki podatku od towarów i usług (por. Interpretacja indywidualna Ministra Finansów - dyrektor Izby Skarbowej w Łodzi z dnia 6 listopada 2013 r. IPTPP1/443-675/13-2/RG, LexPolonica nr 8073702).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, zwanej jako „ustawa o podatku VAT”, zamawiający wskazał, że w realiach postępowania, w szczególności przy ryczałtowo określonym wynagrodzeniu wykonawcy, usługa wyposażenia nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, w worki jest ściśle

związana z usługami odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych. Uwzględniając treść opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ, worki mają być dostarczane tylko i wyłącznie w związku z wykonywaniem usług odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych. W przeciwnym wypadku samo dostarczanie worków stanowiłoby przedmiot odrębnego przetargu i nie stanowiłoby jednego, wspólnego, przedmiotu zamówienia wraz odbiorem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych. Usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych są klasyfikowane w grupowaniu 38.11.11.0 Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług z 2008 r. (dalej także „PKWiU 2008”), jako „Usługi związane ze zbieraniem odpadów komunalnych innych niż niebezpieczne nadających się do recyklingu”. Tak zdefiniowane przez PKWiU 2008 usługi mieszczą się w poz. 143 załącznika Nr 3 do ustawy o podatku VAT „Usługi związane ze zbieraniem odpadów innych niż niebezpieczne nadających się do recyklingu”, co oznacza, że podlegają one opodatkowaniu 8% stawką podatku VAT (art. 41 ust. 2 w zw. z art. 146a pkt 2 ustawy o podatku VAT). Tym samym, skoro usługa wyposażenia nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy w worki, stanowi usługę ściśle związaną z usługami wymienionymi w poz. 143 załącznika Nr 3 do ustawy o podatku VAT, to powinna ona podlegać opodatkowaniu tą samą stawką podatku VAT, którą stosuje się przy opodatkowaniu usług wskazanych w poz. 143 załącznika nr 3 do ustawy o podatku VAT.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający wniósł jak na wstępie.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu odwołania na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.**

W postępowaniu złożono sześć ofert. Kolejność ofert w rankingu ustalonym ze względu na ceny ofert, jako jedyne kryterium oceny ofert - cena o znaczeniu 100%, jest następująca (od najniższej do najwyższej ceny):

- |                                       |                  |
|---------------------------------------|------------------|
| 1) „CZYŚCIOCH bis” Sp. z o.o. Suwałki | 985 386,61 zł    |
| 2) EkoTeam Sp. z o.o. Węgrów          | 985 776,00 zł    |
| 3) MPK Sp. z o.o. Ostrołęka           | 1 047 360,60 zł  |
| 4) PUK SERWIS Sp. z o.o. Siedlce      | 1 103 932,80 zł  |
| 5) odwołujący                         | 1 345 335,10 zł  |
| 6) REMONDIS Sp. z o.o. Warszawa       | 1 570 669,08 zł. |

Oferta odwołujące znajduje się na 5. pozycji w rankingu, zatem odwołujący jest legitymowany czynnie do wniesienia odwołania w przedmiocie kwestionowania, obok czynności odrzucenia jego oferty, zaniechania odrzucenia ofert z pozycji 1-4 rankingu. Oferta sklasyfikowana na 6.

pozycji, wobec wyższej ceny w stosunku do ceny oferty odwołującego, w żaden sposób nie zagraża ofercie odwołującego, sklasyfikowanej na korzystniejszej 5. pozycji.

Izba uznała, że odwołujący spełnia przesłanki, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp - interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody przez czynność lub zaniechanie zamawiającego, niezgodne z przepisami ustawy - podnosząc zarzuty przeciwko odrzuceniu jego oferty oraz wykonawcom, którzy złożyli oferty korzystniejsze od oferty odwołującego.

Zamawiający, zobligowany przepisem art. 36 ust. 1 pkt 12 Pzp, opisał w SIWZ w pkt 12 sposób obliczenia ceny oferty, wskazując w ppkt 2, że wykonawca podaje cenę oferty zgodnie z formularzem ofertowym, a w zakresie podatku VAT, w ppkt 3, że ceny należy podać (...), z wyodrębnieniem należnego podatku VAT (...).

W formularzu „Oferta wykonawcy” - załącznik nr 1 do SIWZ, zamawiający wskazał, że za zakres zadania - wykonanie usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy Siedlce z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy - wykonawca zobowiązuje się wykonać zamówienie „za wynagrodzeniem ryczałtowym w kwocie brutto ..... zł (słownie: .....)

zgodnie z poniższymi wyliczeniami”. W tabeli zamieszczonej pod wskazanym opisem, zamawiający przedstawił wymaganie rozbicia ceny oferty następująco: wiersz 1 - Koszty przyjęcia na składowisko odpadów zmieszanych, wiersz 2 - Koszty przyjęcia na składowisko odpadów selektywnych, wiersz 3 - Koszty selektywnej zbiórki (zakup worków), wiersz 4 - Koszty obsługi przewozu, wiersz ostatni - RAZEM.

Dla opisanych kosztów w wierszach 1-4 oraz w wierszu RAZEM, należało podać wartość brutto dla każdego wiersza osobno.

Pod tabelą, w pkt 1, zamawiający opisał wymóg wyodrębnienia należnego podatku VAT następująco: „1. Oferowana cena zawiera obowiązujący podatek VAT w wysokości .....% to jest ..... zł (słownie .....)

”. W załączniku nr 7 do SIWZ - Projekt umowy - w § 1 ust. 1 zamawiający wskazał, że przedmiotem umowy jest kompletna usługa odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych (...), w § 6 ust. 1, 2 i 3 zamawiający zamieścił opis ryczałtowego wynagrodzenia za świadczenie usługi.

Na rozprawie zamawiający wyjaśnił, zgodnie ze stanowiskiem przedstawionym w odpowiedzi na odwołanie, że oczekiwał jednej kwoty, jako zryczałtowanej ceny oferty, ze względu na charakter przedmiotu zamówienia - kompletna usługa odbioru i zagospodarowania odpadów

i jednej stawki podatku VAT dla tej usługi. Natomiast wymóg przedstawienia wartości brutto poszczególnych części usługi, wprowadził w celu uzyskania i dysponowania wiedzą na temat przebiegu realizacji umowy, co do poszczególnych kosztów usługi, w szczególności, czy odpady trafiają na właściwe miejsce i jaki jest koszt przyjęcia odpadów na składowisko. W wierszu 3 - Koszty selektywnej zbiórki (zakup worków), zamieścił wymóg przedstawienia kosztu zakupu worków obok innych kosztów, np. wynagrodzenia pracowników zatrudnionych przy zbiórce odpadów przez wykonawcę świadczącego usługę, podkreślając, że w tym wierszu nie są wyłącznie koszty zaopatrzenia wykonawcy w worki.

Zamawiający nie dopuszczał możliwości opodatkowania poszczególnych części usługi wskazanych w tabeli kosztów, oczekiwał wyłącznie opodatkowania usługi będącej przedmiotem zamówienia w całości, na podstawie art. 41 ust. 2 ustawy o VAT oraz pkt 143 i 144 - załącznika nr 3 do ustawy.

Odwołujący zamieścił w ofercie oświadczenie, że oferowana cena zawiera obowiązujący podatek VAT w wysokości 8%, to jest 86 384,53 zł i podatek w wysokości 23%, to jest 33 498,46 zł. Ponadto wyjaśnił na rozprawie, że w zakresie części usługi wskazanej w tabeli, wiersz 3 - Koszty selektywnej zbiórki (zakup worków), uznał, iż zakup worków stanowi koszt selektywnej zbiórki, kwestionując przy tym poprawność opisu zamieszczonego w tej części załącznika nr 1 do SIWZ.

Zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień, m.in. w zakresie sposobu obliczenia ceny oferty z zastosowaniem dwóch stawek podatku VAT oraz prosił o podanie całkowitej kwoty podatku VAT ustalonej przez odwołującego (pismo z 3 grudnia 2013 r.). Odwołujący wyjaśnił, że zastosował dwie stawki podatku VAT - 8 i 23%, zgodnie z obowiązującymi przepisami wskazując, że koszt selektywnej zbiórki (zakup worków) opodatkowany jest stawką 23%, pozostałe pozycje stawką 8% i wartość całkowita podatku wynosi 119 882, 99 zł dla łącznej wartości zamówienia (pismo z dnia 5 grudnia 2013 r.).

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, podając w uzasadnieniu, że odwołujący źle obliczył cenę oferty oraz jego oferta nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający wskazał, że odwołujący zastosował dwie stawki podatku VAT 8% i 23%. Na wezwanie zamawiającego z dnia 03.12.2013 r. odwołujący wyjaśnił w dniu 06.12.2013 r., że poprawnie skalkulował VAT i zastosował dwie stawki podatku VAT. Stawka 23% VAT obowiązuje dla kosztów wskazanych w pkt 3 tabeli załącznika nr 1 (druku oferty) - koszt selektywnej zbiórki (zakup worków), na pozostałe elementy obowiązuje stawka 8%. Zamawiający wskazał, że ogłosił postępowanie na usługę

odbierania i zagospodarowania odpadów i nie zamierza kupować od wykonawcy worków (na co obowiązuje 23% VAT). Wolą zamawiającego jest uzyskanie usługi selektywnej zbiórki odpadów. Zamawiający żądał złożenia oferty zawierającej jedną cenę ryczałtową, która powinna uwzględniać wszystkie niezbędne koszty do prawidłowego wykonania umowy. W ocenie zamawiającego, wykonawca powinien uwzględnić koszt zakupu worków w jednej cenie ryczałtowej opodatkowanej jedną stawką procentową. Dopiero zsumowane poprawnie niezbędne koszty wykonania zamówienia, powinny stanowić podstawę ceny ryczałtowej, która powinna zawierać jedną stawkę podatku VAT, właściwą z uwagi na konkretny rodzaj świadczonej usługi. Przyjęcie przez wykonawcę innego założenia może świadczyć, że będzie on fakturował wykonanie zadania z rozbiem na poszczególne jego składniki, co jest niezgodne z zasadami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dodatkowo wskazał, że ze specyfikacji nie wynika, aby zamawiający miał kupować worki lub je odkupić od wykonawcy. W związku z powyższym, zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako zawierającą błędy w obliczeniu ceny oraz nieodpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pismo z dnia 11.12.2013 r.).

Rozpoznając odwołanie w granicach przedstawionych w nim zarzutów, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, odwołujący nie wykazał naruszenia przepisów przedstawionych w odwołaniu, w sposób, który uzasadniałby uwzględnienie odwołania (art. 192 ust. 2 Pzp).

Zamawiający żądając obliczenia ceny oferty w sposób przedstawiony w SIWZ nie określił właściwej stawki podatku VAT dla usługi stanowiącej przedmiot zamówienia. Żądał jedynie podania w formularzu ofertowym stawki i kwoty podatku VAT, jako stawki aktualnie obowiązującej i na jej podstawie obliczonej kwoty. Powyższy opis obliczenia ceny oferty obligował wykonawców do zastosowania właściwej stawki podatku, zamawiającego do sprawdzenia prawidłowości zastosowanej stawki i odrzucenia oferty w razie, gdy zastosowana stawka nie jest zgodna ze stawką aktualnie obowiązującą, jako oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Błąd w obliczeniu ceny oferty, o którym stanowi przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, pomijając omyłki rachunkowe podlegające poprawieniu, oznacza wadliwy sposób ustalenia ceny oferty, który może być wynikiem niewłaściwego zastosowania w tym przedmiocie wytycznych zamawiającego wyartykułowanych w treści SIWZ lub błędnego zastosowania bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, np. w przypadku stawki podatku VAT (na podstawie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2013 r., KIO 18/13).



Przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Sąd Najwyższy w uchwałach z dnia 20 października 2011 r. III CZP 52/2011 i III CZP 53/2011 orzekł, że określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli nie ma ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych).

W uzasadnieniach uchwał Sąd wskazał, że:

- w sytuacji, w której zamawiający nie określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stawki podatku VAT w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ponieważ nie wystąpi wówczas ustawowa przesłanka niezgodności oferty ze specyfikacją wobec braku dwóch potrzebnych do porównania elementów, niezbędnych do oceny przesłanki w postaci zaistnienia niezgodności. W tej sytuacji w rachubę wchodzi wyłącznie ocena wystąpienia błędu w obliczeniu w ofercie ceny;

- jeżeli jednak zamawiający, opisując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposób obliczania ceny, nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT, wówczas oferta zawierająca stawkę niezgodną o zobowiązującymi przepisami podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, o porównywalności ofert bowiem można mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł. Oferta zawierająca niezgodną z obowiązującymi przepisami stawkę podatku VAT, wpływającego na wysokość ceny brutto, niewątpliwie zaburza proces porównywania cen i musi być kwalifikowana, jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny.

Spór dotyczy wyłącznie stawki podatku VAT w zakresie czynności zakupu worków. Odwołujący podnosząc w odwołaniu zarzut wskazał, że zgodnie z obowiązującymi przepisami zastosował stawkę 23% na podstawie art. 41 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług. Precyzując stanowisko na rozprawie wskazał przepis art. 41 ust. 13 ustawy o podatku od towarów i usług, który stanowi, że „Towary i usługi będące przedmiotem czynności, o których mowa w art. 5 (m.in. odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług), niewymienione w klasyfikacjach wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej podlegają opodatkowaniu stawką w wysokości 22% (aktualnie 23%), z wyjątkiem tych, dla których w ustawie lub przepisach wykonawczych określono inną stawkę”.

Przedmiotem zamówienia nie jest zakup przez odwołującego worków w celu ich sprzedaży zamawiającemu, lecz usługa odbioru i zagospodarowania odpadów świadczona z wykorzystaniem worków, jako narzędzi służących do realizacji usługi, zgodnie ze

stanowiskiem stron przedstawionym na rozprawie. Usługa ta jest opodatkowana na podstawie załącznika nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług (grupa 143 i 144), stawką 8% (okoliczności niesporne między stronami). Odwołujący nie wskazał podstawy prawnej zastosowania stawki podatku VAT 23% dla czynności zakupu worków, które nie stanowią przedmiotu dostawy, lecz służą wyłącznie realizacji usługi odbierania i zagospodarowania odpadów.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego w zakresie błędu w obliczeniu ceny oferty odwołującego przez wskazanie niewłaściwej stawki podatku VAT, w sytuacji braku ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki, o której stanowi przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Podzieliła też stanowisko, co do wskazania, że przedmiotem umowy jest kompletna usługa odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych (...), z wynagrodzeniem ryczałtowym, co przesądza o zastosowaniu stawki podatku VAT właściwej dla usługi głównej, a nie jej części składowych, zgodnie z przywołanym w odpowiedzi na odwołanie orzecznictwem i stanowiskiem organów podatkowych.

W ocenie Izby zamawiający nie przedstawił w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty uzasadnienia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, wskazując podstawę prawną odrzucenia oferty art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

O niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie może stanowić „fakturowanie wykonania zadania z rozbiciem na poszczególne jego składniki”, jako niezgodność z zasadami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wobec nie wykazania przez odwołującego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, Izba uznała, że nie zostały spełnione przesłanki uwzględnienia odwołania.

Nie podlegały rozpoznaniu okoliczności, które nie stanowiły zarzutów odwołania, zatem nie mogły mieć wpływu na rozstrzygnięcie odwołania - zawiadomienie odwołującego o odrzuceniu jego oferty bez jednoczesnego zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty (art. 92 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp), wobec nie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

Mając na uwadze powyższe, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust.1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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. Nr 41, poz. 238). Izba zasądziła na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł z tytułu uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez stronę - wynagrodzenie pełnomocnika, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

**Przewodniczący: .....**