

Sygn. akt: KIO 1544/13  
KIO 1545/13

**WYROK**  
z dnia 12 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Anna Chudzik  
**Członkowie:** Barbara Bettman  
Dagmara Gałczewska-Romek  
**Protokolant:** Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 lipca 2013 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2013 r. przez **Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Oddział w Krakowie)**, w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Van Gansewinkel Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, ASA EKO-Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, SITA Małopolska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**, zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych w sprawie KIO 1544/13 i 1545/13 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołania;**
2. Kosztami postępowania obciąża **Remondis Sp. z o.o.** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisów od odwołań,
  - 2.2. zasądza od **Remondis Sp. z o.o.** na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania Sp. z o.o.** kwotę **7.200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

**Sygn. akt: KIO 1544/13**  
**KIO 1545/13**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Gminy Miejskiej Kraków i ich transport do instalacji przetwarzania odpadów wskazanych przez Zamawiającego.*

W dniu 24 czerwca 2013 r. wykonawca Remondis Sp. z o.o. wniósł odwołania wobec czynności i zaniechań zamawiającego w zakresie zadania 4 (KIO 1544/13) oraz zadania 5 (KIO 1545/13), tj. wobec:

1. czynności wyboru oferty Konsorcjum: PUK VAN GANSEWINKIEL KRAKÓW Sp. z o.o. (lider konsorcjum), ASA Eko - Polska Sp. z o. o., Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o. o i Sita Małopolska Sp. z o.o. (dalej: Konsorcjum PUK VAN GANSEWINKEL),
2. zaniechania odrzucenia oferty ww. Konsorcjum, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i złamanie zasady równego traktowania wykonawców oraz która zawiera błędy w obliczeniu ceny,
3. w zakresie zadania 4 - zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum FB Serwis S.A. (lider konsorcjum), M..... J..... Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MIKI”, CESPА, Compañia Española de Servicios Públicos Auxiliares S.A. (dalej: Konsorcjum FB Serwis), która zawiera błędy w obliczeniu ceny,
4. czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1, 3 i 6 ustawy Pzp, a także art. 2 i art. 55 Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, art. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Po pierwsze, Odwołujący podniósł, że Zamawiający prowadził postępowanie z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji. Wskazał, że zgodnie z art. 9e ustawy o utrzymaniu czystości, zmieszane odpady komunalne, pozostałości z sortowania odpadów komunalnych oraz odpady zielone, mogą być przetwarzane (zagospodarowywane) wyłącznie w regionalnych instalacjach do przetwarzania odpadów komunalnych, a właściwe dla danych gmin instalacje wskazuje Sejmik danego województwa, w uchwale wprowadzającej wojewódzki plan gospodarki odpadami komunalnymi.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający zdecydował, iż przetwarzanie odebranych odpadów komunalnych (wszelkich frakcji) nastąpi we wskazanych przez niego instalacjach, które są prowadzone przez członków Konsorcjum tj. Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych VAN GANSEWINKEL Kraków Sp. z o.o., które uzyskało zamówienia z wolnej ręki na zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu miasta Krakowa. Odwołujący podkreślił, że instalacja prowadzona przez ww. przedsiębiorcę jest jedną z siedmiu instalacji zastępczych dla Regionu Zachodniego wg Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Małopolskiego. Już tylko z tego powodu za zasadny należy uznać zarzut w zakresie ograniczenia wolnej konkurencji i równego traktowania podmiotów, bowiem Konsorcjum jest podmiotem preferowanym z uwagi na zapewnienie jego członkom możliwości przetwarzania odpadów pochodzących z terenu Gminy Kraków. W efekcie podmioty te uzyskują „przewagę” ekonomiczną nad innymi oferentami, uzyskując od Zamawiającego dodatkowe i gwarantowane „źródło finansowania”.

Zdaniem Odwołującego, zawiązanie wskazanego wyżej Konsorcjum stanowi porozumienie mające na celu ograniczenie konkurencji. Odwołujący podniósł, że co prawda art. 23 ustawy Pzp dopuszcza tworzenie konsorcjum i ubieganie się przez nie o dane zamówienie, jednak jego tworzenie nie jest dowolne. Nie wyłącza to bowiem oceny danego konsorcjum pod kątem norm prawnych regulujących wolną konkurencję. Jeśli zatem celem (lub skutkiem utworzenia) danego konsorcjum przetargowego jest ograniczenie konkurencji, to stanowi ono zakazane (w oparciu o art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów) porozumienie ograniczające konkurencję. Warunkiem, który dopuszcza utworzenie konsorcjum przetargowego jest bowiem obiektywna konieczność jego utworzenia. Oznacza to, iż bez utworzenia takiego konsorcjum (tworzące je podmioty - uczestnicy) nie będą w stanie samodzielnie złożyć oferty w danym postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że zakres niniejszego zamówienia w istocie sprowadza się do odbioru odpadów oraz ich transportu do wskazanych miejsc przetwarzania. Zamawiający nie wymaga nawet wyposażenia nieruchomości w pojemniki do gromadzenia odpadów (może to być przedmiotem wyłącznie ewentualnych dodatkowych usług, zapewne w nikłym wymiarze). Po drugie konieczne jest uwzględnienie i ocena potencjału uczestników Konsorcjum. Podmioty te do dnia 1 lipca 2012 r. dysponują około 90 % udziałem w rynku odbioru

odpadów komunalnych w Krakowie. Posiadają zatem niezbędną wiedzę, doświadczenie, zasoby techniczno-materiałowe, aby móc samodzielnie ubiegać się o uzyskanie zamówienia. Jest to tym istotniejsze, iż Gmina Kraków została podzielona na sektory, zatem możliwe było dopasowanie swoich możliwości i potrzeb do poszczególnych sektorów. W tym też kontekście utworzenie Konsorcjum (które zostało wyłonione jako wykonawca we wszystkich sektorach) jest porozumieniem mającym na celu „przejęcie” całego rynku odbioru odpadów komunalnych w Krakowie. Skoro bowiem do chwili obecnej, każdy z tych podmiotów był w stanie świadczyć usługi w znacznie szerszym wymiarze, niż objęte niniejszym postępowaniem przetargowym, to byłby w stanie zrealizować samodzielnie to zamówienie.

Zdaniem Odwołującego, ustalenie, czy zawiązanie Konsorcjum to nie stanowi niedozwolonego porozumienia, jest obowiązkiem Zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany nie tylko do ustalenia, czy dane konsorcjum spełnia wymagania formalne, lecz również do ustalenia, czy jego utworzenie nie jest czynem naruszającym wolną konkurencję. To bowiem na Zamawiającym ciąży obowiązek przeprowadzenia postępowania, aby nie naruszyć fundamentalnej zasady postępowania publicznego, tj. zachowania wolnej konkurencji. Tymczasem, wedle wiedzy Odwołującego, Zamawiający nie przeprowadził w tym zakresie żadnych czynności i nie poczynił żadnych ustaleń.

Jako kolejny zarzut Odwołujący podniósł naruszenie przez Zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający jest spółką komunalną w całości zależną od Gminy Kraków. Rady Miasta Krakowa powierzyła, uchwałą z dnia 11 lipca 2012 r., Miejskiemu Przedsiębiorstwu Oczyszczania Sp. z o.o. w Krakowie wykonanie obowiązkowego zadania własnego gminy utrzymania czystości i porządku na terytorium Gminy Miejskiej Kraków. Do tej chwili (a także w okresie po podjęciu uchwały) Spółka ta - czyli Zamawiający - był podmiotem świadczącym usługi w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Na bazie tej uchwały stał się podmiotem kreującym zasady gospodarki tymi odpadami na terenie Krakowa. Jednocześnie, w dniu 5 grudnia 2012 r. Zamawiający utworzył Spółkę Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o. o, która przejęła zadania Zamawiającego w zakresie odbierania odpadów komunalnych. Spółka ta jest w 100% zależna od Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. jest uczestnikiem Konsorcjum, które zostało wskazane jako wykonawca. Taka zależność na linii Zamawiający - Wykonawca budzi uzasadnione wątpliwości w zakresie równego traktowania oferentów. Skoro bowiem Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami realizuje dotychczasowe zadania Zamawiającego, jest z nim w sposób ścisły

powiązana (choćby z uwagi na okoliczności utworzenia tej spółki, jej zadania, czas funkcjonowania spółki etc.), a także jest bezpośrednio od niego zależna, zatem uzasadnione obawy muszą budzić relacje pomiędzy tymi podmiotami (w szczególności, czy Konsorcjum nie było podmiotem preferowanym, czy nie miało dostępu do informacji lub danych pozwalających mu na sporządzenie korzystnej oferty). Biorąc powyższe pod uwagę, należy wskazać, iż Miasto Kraków zleciło swojej spółce zależnej realizację zadań własnych gminy, a z kolei ta spółka zależna, jako organizator systemu i zamawiający, wskazuje na swoją spółkę zależną, jako wykonawcę usługi objętej zamówieniem.

Kolejnym zarzutem podniesionym przez Odwołującego było bezpodstawne odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, tj. ze względu na błąd w obliczeniu ceny, polegający na zastosowaniu niewłaściwej stawki podatku VAT w odniesieniu do usługi transportu pojemników z miejsca usytuowania na nieruchomości do miejsca postoju pojazdu specjalistycznego przeznaczonego do ich transportu oraz usługi mycia i dezynfekcji pojemników (23% zamiast prawidłowej - zdaniem Zamawiającego - stawki 8%).

Według Odwołującego, wskazane usługi nie są związane z usługą odbioru i transportu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Są to usługi odrębne, zarówno w rozumieniu podatkowym oraz w sensie czysto praktycznym.

Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący przywołał okoliczność, że Zamawiający podzielił zamówienie na dwie grupy, tj. zamówienie główne oraz potencjalne zamówienie „uzupełniające - dodatkowe” (pkt 1.1.1 i 1.1.2 SIWZ), do których należą usługi transportu oraz mycia i dezynfekcji pojemników. Są to więc usługi, które mogą lecz nie muszą się zdarzyć. Odwołujący wskazał również, że właściciele nieruchomości położonych na terenie Krakowa, zgodnie z art. 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, są zobowiązani we własnym zakresie wyposażyć nieruchomości w pojemniki oraz zapewnić należyty ich stan techniczny oraz sanitarny. Dodatkowo, zgodnie z art. 8 Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Miejskiej Kraków (uchwała z dnia 19 grudnia 2012 r. Nr LXIII/917/12) właściciel nieruchomości zobowiązany jest wystawić pojemniki przed wejście do nieruchomości, tak aby podmiot odbierający odpady mógł wykonać zleczone mu zadanie. Natomiast zgodnie art. 22 tego Regulaminu właściciel nieruchomości zobowiązany jest utrzymywać pojemniki w stanie czystości. Są to więc czynności, które właściciel nieruchomości musi wykonać samodzielnie i nie są one związane z usługą główną świadczoną przez wyłonionego w niniejszym postępowaniu wykonawcę. Mogą one być świadczone tylko na wyraźne zlecenie właścicieli nieruchomości, za dodatkowym wynagrodzeniem. Stąd też znaczenie tych usług jest minimalne dla istoty

zamówienia, a nadto nie są one związane z usługą główną - są to całkowicie odmienne działania i czynności. W konsekwencji należy wobec nich stosować odmienną stawkę VAT.

Odwołujący podniósł, że sam podział usług i zdefiniowanie ich jako usługi podstawowe i usługi dodatkowe w SIWZ nie może decydować o jednolitym traktowaniu wszelkich elementów składowych usługi jako usługi podstawowej. Tym bardziej samo nazewnictwo usług nie może decydować o ich traktowaniu jako usługi kompleksowej na gruncie ustawy o podatku od towarów i usług. Przy rozpatrywaniu złożoności świadczeń trzeba uwzględnić charakter poszczególnych ich elementów i powiązania ich w całość, także w kontekście świadczenia głównego i pomocniczego. Odwołujący wskazał, że z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE wynika jednoznacznie, iż ze świadczeniem złożonym mamy do czynienia w sytuacji, gdy usługi świadczone na rzecz kontrahenta realizowane są w taki sposób, że stanowią pewną nierozzerwalną całość oferowana w ramach podjętego zamówienia. Sam związek usługi dodatkowej z wykonywaną usługą podstawową nie powoduje, że świadczenie to stanowi element kompleksowego świadczenia, jakim jest odbiór odpadów komunalnych.

Odwołujący wskazał, że skoro już w przygotowanym projekcie umowy Zamawiający zastrzegł sobie prawo do realizacji tych dodatkowych usług jedynie na pisemne jego zlecenie, to z punktu widzenia Zamawiającego i Wykonawcy możliwa jest realizacja usługi podstawowej, pomijając całkowicie realizację usługi dodatkowej, która jest wykonywana jedynie opcjonalnie. Zastosowanie stawki 8% w stosunku do usług podstawowych i usług dodatkowych (usługa transportu pojemników, mycie i dezynfekcja pojemników) byłoby prawidłowe jedynie w przypadku potraktowania usługi będącej przedmiotem zamówienia publicznego jako świadczenia złożonego, w ramach którego usługi podstawowe opodatkowane stawką 8% stanowią usługę główną, a usługi pomocnicze stanowią usługi poboczne w stosunku do usługi głównej. Taka sytuacja nie zaistniała w przedmiotowym postępowaniu. Zgodnie bowiem z projektem umowy stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ (Nr sprawy TZ/EG/04/2013) przedmiotem umowy jest świadczenie usług w zakresie:

- 1) Odbierania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i odpadów komunalnych selektywnie zbieranych (...) - § 1 ust. 1 pkt 1 projektu umowy;
- 2) Transportu odpadów do miejsc wskazanych przez Zamawiającego - § 1 ust. 1 pkt 2 projektu umowy;
- 3) Świadczenia usług dodatkowych w rozumieniu Uchwały nr LXIX/998/13 Rady Miasta Krakowa z dnia 13 marca 2013 r. z uwzględnieniem prawa opcji w zakresie:
  - transportu pojemników z miejsca usytuowania na nieruchomości do miejsca postoju pojazdu specjalistycznego, przeznaczonego do ich transportu (pkt 6 załącznika do Uchwały);

- mycie i dezynfekcja pojemników (pkt 7 załącznika do Uchwały);
- usługa dodatkowa odbierania odpadów komunalnych (pkt 8 załącznika do Uchwały).

Również w formularzu kalkulacji ceny oferty stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ usługi dodatkowe podane są z wyraźnym zastrzeżeniem prawa opcji, co oznacza, że mogą, ale nie muszą zostać zlecone do wykonania przez Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, przy tak sformułowanym przedmiocie umowy i nadaniu tym usługom charakteru fakultatywnego nieprawidłowe jest traktowanie przedmiotu umowy jako świadczenia złożonego, w ramach którego usługi pomocnicze powinny być opodatkowane taką samą stawką jak usługa podstawowa. Odrębne potraktowanie usług dodatkowych zarówno w przedmiocie umowy, jaki i w formularzach kalkulacji ceny oferty, świadczy o ich wyodrębnieniu przedmiotowym od usług podstawowych.

Co do zasady każde świadczenie dla celów opodatkowania VAT powinno być traktowane jako świadczenie 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. Jeżeli jednak w skład danej usługi wchodzić będą czynności, które nie służą wyłącznie wykonaniu czynności głównej, zasadniczej, lecz mogą mieć również samoistny charakter, to wówczas nie ma podstaw dla traktowania ich jako elementu usługi kompleksowej. W przypadku, gdy w skład świadczonej usługi wchodzi usługa pomocnicza, czyli takie, które nie stanowią dla klienta celu samego w sobie, a są jedynie uzupełnieniem usługi głównej, opodatkowanie całego świadczenia winno nastąpić wg stawki obowiązującej dla usługi zasadniczej. W ocenie Odwołującego usługi dodatkowe w niniejszym postępowaniu nie są uzupełnieniem usługi głównej, co wynika z woli Zamawiającego, który potraktował je odrębnie, nadając im charakter fakultatywny.

Odwołujący podzielił stanowisko Zamawiającego wyrażone w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, że za usługę pomocniczą uznać należy daną czynność, która nie stanowi dla nabywcy celu samego w sobie, lecz służy lepszemu wykorzystaniu usługi zasadniczej. Wskazał jednak, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie zachodzi realne powiązanie wszystkich czynności niezbędnych do prawidłowego wykonania usługi stanowiącej przedmiot zamówienia oraz nie zachodzi tożsamość podmiotowa, tj. usługi podstawowe i dodatkowe nawet po wygraniu postępowania przetargowego przez Odwołującego mogą nie być świadczone przez ten sam podmiot. W przypadku braku zlecenia usług dodatkowych przez Zamawiającego na rzecz Wykonawcy, będą one realizowane przez Zamawiającego we własnym zakresie, co świadczy również o ich niezależności od usługi podstawowej, autonomicznym charakterze i możliwości jej wykonania niezależnie od usług podstawowych. Czynności takie jak mycie i dezynfekcja kontenerów nie służą wyłącznie wykonaniu świadczenia związanego z odbiorem odpadów



komunalnych. Tym bardziej, że zgodnie z treścią Uchwały nr LXIX/998/13 Rady Miasta Krakowa z dnia 13 marca 2013 roku czynności dodatkowe są realizowane na zlecenie właściciela nieruchomości, co potwierdza fakt, że powyższe czynności mogą być równie dobrze wykonane we własnym zakresie przez osoby zainteresowane, bez ponoszenia zbędnych kosztów usług podmiotów zewnętrznych. Tym niemniej powyższa usługa może być również zlecona zupełnie innemu podmiotowi niż Wykonawca usług podstawowych, który niewątpliwie zastosuje dla tego typu zlecenia stawkę podatku VAT 23%.

Odwołujący podniósł również, że przygotowany przez Zamawiającego odrębny załącznik kalkulacji ceny również rozdziela tematycznie kalkulację ceny związaną z „Usługą podstawową” i kalkulację ceny związaną z „Usługami dodatkowymi z uwzględnieniem prawa opcji”. Z samej konstrukcji formularza ofertowego można wywnioskować, że z ekonomicznego punktu widzenia zamawiane czynności nie tworzą usługi kompleksowej, lecz każda z wymienionych usług ujętych w osobnych pozycjach kosztorysu stanowi dla Zamawiającego cel sam w sobie i dlatego Zamawiający nie powinien traktować tej dodatkowej usługi jako usługi pomocniczej, a wręcz przeciwnie zastrzega w SIWZ, że może ją zlecić (albo nie) odrębnie.

Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący przywołał orzeczenie TSUE w sprawie C-349/96 pomiędzy Card Protection Plan Ltd a Commissioners of Customs and Excise, w uzasadnieniu którego Trybunał stwierdził w uzasadnieniu którym czytamy, że *każde świadczenie usług musi być zasadniczo uznawane za odrębne i niezależne i, po drugie, świadczenie obejmujące jedną usługę z ekonomicznego punktu widzenia nie powinno być sztucznie dzielone*. Ponadto z wyroków Trybunału wynika, że w celu dokonania podatkowej klasyfikacji świadczenia złożonego na gruncie podatku VAT należy w pierwszej kolejności przeanalizować cel, jaki strony transakcji chcą osiągnąć. Co jest wielokrotnie powtarzane przez polskie organy podatkowe oraz Trybunał Sprawiedliwości UE, to fakt, iż nie należy sztucznie wydzielać świadczenia złożonego, jeśli z jego konstrukcji wynika, że ich łączne wykorzystanie służy lepszemu wykonaniu celu głównego. Wątpliwe, w ocenie przedstawionego powyżej stanowiska organów podatkowych, byłoby łączenie usługi polegającej m.in. na myciu i dezynfekcji pojemników z usługą odbioru odpadów komunalnych i uznanie tych świadczeń za usługę kompleksową. Usługa wywozu odpadów komunalnych nie zostanie lepiej wykonana tylko dlatego, że pojemniki służące do przechowywania odpadów zostaną umyte. Jeśli w skład świadczonej usługi wchodzić będą czynności, które nie służą wyłącznie wykonaniu czynności głównej, zasadniczej, lecz mogą mieć charakter samoistny, to wówczas nie ma podstaw dla traktowania ich jako elementu usługi kompleksowej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania 4 i 5, powtórzenia czynności badania i oceny

ofert, odrzucenia oferty Konsorcjum PUK VAN GANSEWINKEL na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 6 ustawy Pzp oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:**

Uchwałą Nr LII/697/12 z dnia 11 lipca 2012 r. Rada Miasta Krakowa powierzyła Miejskiemu Przedsiębiorstwu Oczyszczania Sp. z o.o. w Krakowie wykonywanie obowiązkowego zadania własnego gminy - utrzymania czystości i porządku na terytorium Gminy Miejskiej Kraków.

W związku z powierzeniem ww. zadania Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o. wszczęło w dniu 30 kwietnia 2013 r. postępowanie przetargowe dotyczące odbierania i transportu odpadów komunalnych. Zgodnie z punktem 3 SIWZ (*Opis przedmiotu zamówienia*), przedmiotem zamówienia jest:

1) świadczenie usług podstawowych

- odbierania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i odpadów selektywnie zbieranych (papier, szkło, metale, tworzywa sztuczne, opakowania wielomateriałowe), gromadzonych w pojemnikach i w workach, zgodnych z wymaganiami wynikającymi z Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Miejskiej Kraków, powstających na nieruchomościach, na których zamieszkują mieszkańcy oraz na nieruchomościach, na których nie zamieszkują mieszkańcy a powstają odpady komunalne na terenie Gminy Miejskiej Kraków, z wyjątkiem odpadów opakowaniowych szklanych zbieranych w pojemnikach typu IGLOO lub zastępczych, odpadów selektywnie zbieranych w pojemnikach typu IGLOO lub zastępczych zlokalizowanych w Punktach Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (tzw. gniazdach), odpadów wielkogabarytowych,
- transport odpadów do wskazanych przez Zamawiającego Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych,

2) świadczenie usług dodatkowych w rozumieniu Uchwały nr LXIX/998/13 Rady Miasta Krakowa z dnia 13 marca 2013 r. z uwzględnieniem prawa opcji w zakresie (na piśmie zgłoszenie Zamawiającego):

- usługi transportu pojemników z miejsca usytuowania na nieruchomości do miejsca postoju pojazdu specjalistycznego przeznaczonego do ich transportu (punkt 6 załącznika do Uchwały),

- mycia i dezynfekcji pojemników (punkt 7 załącznika do Uchwały),
- usługi dodatkowego odbierania odpadów komunalnych (punkt 8 załącznika do Uchwały).

Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych na zadania od 1 do 5 (obejmujące poszczególne sektory miasta), nie ograniczając liczby zadań, na które wykonawca może złożyć oferty.

W punkcie 14 SIWZ (*Opis sposobu obliczenia ceny*) Zamawiający zobowiązał wykonawców do obliczenia ceny ofertowej dla poszczególnych zadań na podstawie formularza kalkulacji ceny oferty stanowiącego zał. nr 8a-8e do SIWZ. W cenie ofertowej należało uwzględnić podatek VAT oraz całkowity koszt realizacji pełnego zakresu usług stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia.

W formularzu kalkulacji ceny Zamawiający wymagał podania - dla poszczególnych pozycji przewidzianych w formularzu - ceny jednostkowej netto, stawki podatku VAT oraz ceny jednostkowej brutto oraz łącznej wartości netto i brutto.

Termin składania ofert wyznaczony został na 5 czerwca 2013 r. godz. 11. Jako jedyne kryterium oceny ofert Zamawiający przyjął kryterium ceny.

W wyznaczonym terminie na zadania Nr 4 i 5 złożone zostały 3 oferty:

- 1) Konsorcjum PUK Van Gansewinkel (zadanie 4 - 4.801.277,25 zł, zadanie 5 - 5.011.451,60 zł),
- 2) Konsorcjum FB Serwis (zadanie 4 - 5.273.997,45 zł, zadanie 5 - 5.591.197,59 zł),
- 3) Remondis Sp. z o.o. (zadanie 4 - 5.863.948,97 zł, zadanie 5 - 6.725.741,27 zł).

W dniu 5 czerwca 2013 r. członkowie zarządu Zamawiającego oraz sześciu członków komisji przetargowej złożyło oświadczenia o podleganiu wyłączeniu w związku z wystąpieniem okoliczności, o których mowa w punkcie 4 druku ZP-1 (pozostawanie z wykonawcą w stosunku prawnym lub faktycznym mogącym budzić uzasadnione wątpliwości co do bezstronności). W tym samym dniu Zarząd Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania podjął uchwałę (Nr 1/06/2013) w sprawie udzielenia - na podstawie art. 15 ust. 2 i 3 ustawy Pzp - pełnomocnictwa do przeprowadzenia przedmiotowego postępowania radcy prawnemu panu P..... G..... Pełnomocnictwo upoważniało do udzielania dalszych pełnomocnictw. Jednocześnie Prezes Zarządu MPO odwołał z dnia 5 czerwca 2013 r. komisję przetargową powołaną zarządzeniem Nr 2/03/2013. Od tej daty czynności w postępowaniu dokonywane były przez ww. pełnomocnika Zamawiającego.

W dniu 14 czerwca 2013 r. pełnomocnik Zamawiającego zawiadomił o wyborze - jako najkorzystniejszych - ofert złożonych przez Konsorcjum PUK Van Gansewinkel.

Z postępowania dot. zadania 5 wykluczone zostało - na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp - Konsorcjum FB Serwis (a oferta tego Konsorcjum została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 tej ustawy).

Zamawiający dokonał także odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego (w zakresie zadań 4 i 5) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, tj. ze względu na błąd w obliczeniu ceny. W uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Zamawiający podał, że wykonawca ten - w odniesieniu do usługi transportu pojemników z miejsca usytuowania do miejsc postoju samochodu przeznaczonego do ich transportu oraz usługi mycia i dezynfekcji pojemników - zastosował stawkę podatku VAT w wysokości 23% zamiast 8%.

Zdaniem Zamawiającego, wskazane usługi nie stanowią odrębnej czynności w zakresie usługi odbioru odpadów komunalnych i ich transportu do miejsca przetwarzania. Są to usługi pomocnicze, towarzyszące usłudze głównej. Nie jest bowiem możliwe wykonanie usługi odbioru odpadków bez przeniesienia pojemnika do samochodu, czy jego umycia bez usunięcia z niego odpadów. Tym samym nie jest możliwe uznanie, że czynności te mogą być w jakikolwiek sposób „oderwane” od usługi związanej ze zbieraniem odpadów. W ocenie Zamawiającego zachodzi realne powiązanie wszystkich czynności niezbędnych do prawidłowego wykonania usługi stanowiącej przedmiot zamówienia, a także zachodzi tożsamość podmiotowa, bowiem wykonawca oświadczył w ofercie, że zrealizuje przedmiotowe zamówienie bez pomocy podwykonawców.

Zamawiający wskazał również, że usługa stanowiąca przedmiot niniejszego postępowania jest klasyfikowana w grupowaniu 38.11.1 i 38.11.2 Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług jako usługi związane ze zbieraniem odpadów. Tak zdefiniowane usługi mieszczą się w poz. 143 i 144 Załącznika Nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług, co oznacza, że podlegają one opodatkowaniu stawką 8%.

W dniu 24 czerwca 2013 r., w związku z wniesionym odwołaniem, pełnomocnik Zamawiającego powołał biegłego (prof. dr hab. K..... P.....) posiadającego wiadomości specjalne do merytorycznej oceny ofert, zlecając mu wydanie opinii co do zastosowania właściwej stawki podatku VAT do usług dodatkowych. W opinii prawnej z dnia 25 czerwca 2013 r. biegły wyraził stanowisko, że wszystkie usługi objęte przedmiotem zamówienia podlegają opodatkowaniu według stawki 8%.

***Izba zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

W ocenie Izby, żaden z zarzutów podniesionych w odwołaniu nie zasługuje na uwzględnienie.

I. Izba nie dopatrzyła się przesłanek do stwierdzenia, że wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia przez wybranych wykonawców, poprzez utworzenie konsorcjum, było niezgodne z przepisami prawa.

Przedmiotowy zarzut został oparty na przepisach art. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (zakazującym porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym) oraz art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do powyższego należy wskazać, że kwestia porozumień między przedsiębiorcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia może podlegać ocenie Izby jedynie przez pryzmat przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które za przedmiot ochrony mają indywidualny interes przedsiębiorców. Uprawnienie Zamawiającego, a w konsekwencji Izby, do badania, czy złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, wynika z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Ani Zamawiający, ani Izba nie są natomiast właściwi do oceny działań wykonawców pod kątem ewentualnego naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, która to ochrona podejmowana jest - zgodnie z art. 1 ust. 1 tej ustawy - w interesie publicznym, a organem wyłącznie właściwym w takich sprawach jest centralny organ administracji rządowej, Prezes Urzędu Konkurencji i Konsumentów (art. 29 ust. 1 ustawy). Zatem ocena dokonywana przez Zamawiającego oraz Izbę może mieć za przedmiot zawieranie niedozwolonych porozumień między przedsiębiorcami tylko pod kątem ewentualnego zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji, określonego przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący, odnosząc się do przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (których ewentualne naruszenie - jak wskazano powyżej - podlega badaniu w postępowaniu przetargowym), twierdził, że możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, dopuszczona art. 23 ust. 1 ustawy Pzp, musi być oceniana pod kątem zgodności z przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jednocześnie Odwołujący, kwestionując sytuację zaistniałą w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, powołał się jedynie na art. 3 tej ustawy, zawierający klauzulę generalną czynu nieuczciwej konkurencji

(czyntem takim jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta) oraz przykładowy katalog czynów nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie sprecyzował, na czym konkretnie miało polegać wypełnienie znamion takiego czynu poprzez zawiązanie konsorcjum.

Twierdzenia Odwołującego opierały się na tezie, że wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia możliwe jest jedynie wówczas, gdy wykonawcy samodzielnie nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, a zamawiający ma obowiązek badać, czy bez połączenia swoich potencjałów wykonawcy mogliby ubiegać się o udzielenie zamówienia. Odnosząc tę tezę do stanu faktycznego przedmiotowej sprawy Odwołujący twierdził, że zawiązanie konsorcjum przez wykonawców, których oferta została wybrana, było niedozwolone, gdyż każdy z tych wykonawców samodzielnie spełniał warunki udziału w postępowaniu.

Izba nie podzieliła powyższych twierdzeń. Po pierwsze, Odwołujący nie uprawdopodobnił nawet, że każdy z konsorcjantów samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zarzuty odwołania w tym zakresie oparte zostały na gołosłownych twierdzeniach. Co więcej, z oferty wybranego konsorcjum wynika, że nawet po połączeniu swoich potencjałów posilkowali się zasobami innych podmiotów. Z kolei ze złożonych na rozprawie dokumentów (*Formularze do sporządzania i przekazywania zbiorczego zestawienia danych o rodzaju i ilości odpadów, o sposobach gospodarowania nimi oraz instalacjach i urządzeniach służących do odzysku lub unieszkodliwiania odpadów*) wynika, że poszczególni konsorcjanci nie spełniali wymogu w zakresie doświadczenia. Zamawiający wymagał bowiem doświadczenia w wykonywaniu usług odbioru i transportu odpadów komunalnych przez ciągły okres co najmniej 3 miesięcy z nieruchomości zlokalizowanych na terenie miasta (w przypadku sektora IV - powyżej 150 tysięcy mieszkańców, w przypadku sektora V - powyżej 180 tysięcy mieszkańców), w ilości określonej w punkcie 7.2 SIWZ (dla sektora IV - łącznie 3.000 Mg w ciągu każdego miesiąca, dla sektora V - łącznie 3.500 Mg w ciągu każdego miesiąca). Według danych przedstawionych w powyższych formularzach spółki: PUK VAN GANSEWINKIEL KRAKÓW Sp. z o.o., SITA Małopolska Sp. z o.o. nie wykonały usługi odbioru odpadów w ilości, która potwierdzałaby spełnienie warunku udziału w postępowaniu dla żadnego sektora.

Ponadto, Izba nie podziela wynikającej z odwołania generalnej tezy, że zawiązanie konsorcjum jest możliwe wyłącznie dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu i tylko wtedy, gdy wykonawcy samodzielnie tych warunków spełnić nie mogą. Przepis art. 23 ustawy Pzp zezwala wykonawcom na wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia, a umowa konsorcjum jest rodzajem umowy cywilnoprawnej, zawieranej w ramach swobody umów. Zawarcie takiej umowy, jak każde inne działanie przedsiębiorców, nie może naruszać przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie

oznacza to jednak - zdaniem Izby - że sam w sobie fakt zawiązania konsorcjum powinien stwarzać podejrzenie nieuczciwej konkurencji i powodować obowiązek badania możliwości samodzielnego ubiegania się o zamówienie, a następnie odrzucenia oferty w przypadku stwierdzenia, że zawiązanie konsorcjum nie było konieczne dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Konsorcjum jest bowiem dopuszczalną formą współdziałania przedsiębiorców mającą na celu dążenie do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego. Wspólne działanie kilku podmiotów ma znaczenie nie tylko dla celów dopuszczenia do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale również dla przyszłej realizacji kontraktu. Zawieranie tego rodzaju umów jest także elementem rynkowej rywalizacji przedsiębiorców, czego nie można utożsamiać z naruszeniem konkurencji. Jakkolwiek nie można wykluczyć, że w określonych okolicznościach zawiązanie konsorcjum i sposób współdziałania jego członków mogą mieć znamiona czynu naruszającego konkurencję (czego jednak w niniejszej sprawie nie wykazano), to brak jest podstaw do generalnej tezy, że zawiązanie konsorcjum, mimo możliwości samodzielnego wykazania spełnienia warunków samodzielnie, takim czynem jest.

II. Nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut dotyczący naruszenia uczciwej konkurencji w związku z faktem wystąpienia powiązań kapitałowych między Zamawiającym a jednym z członków zwycięskiego Konsorcjum.

Odnosząc się do powyższego zarzutu należy wskazać przede wszystkim na fakt, że wystąpienie powiązania kapitałowego między zamawiającym a wykonawcą w świetle obowiązujących przepisów jest możliwe i samo w sobie nie narusza prawa, a nawet jest wprost dopuszczone. Podkreślić bowiem należy, że ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w znowelizowanym brzmieniu (art. 6e) stanowi, że spółki z udziałem gminy mogą odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, na zlecenie gminy, w przypadku, gdy zostały wybrane w drodze przetargu, o którym mowa w art. 6d ust. 1.

Skoro w świetle przywołanego przepisu, w prowadzonym przez gminę postępowaniu o udzielenie zamówienia na odbiór odpadów komunalnych mogą brać udział spółki z udziałem gminy (również ze stuprocentowym udziałem), to analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku udzielania zamówienia przez spółkę komunalną, której gmina zleciła wykonywania zadań własnych z zakresu utrzymania czystości porządku. Brak jest - zdaniem Izby - przeszkód prawnych, aby w postępowaniu takim wzięła udział spółka powiązana kapitałowo ze spółką zamawiającą. Fakt wystąpienia takiego powiązania sam w sobie nie narusza obowiązujących przepisów.

Należy w tym miejscu wskazać, że Odwołujący skonstruował zarzut wyłącznie w oparciu o art. 7 ustawy Pzp, stwierdzając że udział w postępowaniu spółki powiązanej kapitałowo z Zamawiającym wywołuje wątpliwości co do równego traktowania wykonawców. W odwołaniu nie wskazano, na czym to nierówne traktowanie polegało.

Przepis art. 7 ustawy Pzp ma charakter zasady generalnej, której niezachowanie przejawia się w naruszeniu innych przepisów ustawy. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza m.in. w wyroku z 5 listopada 2010 r. (KIO 2287/10, KIO 2307/10), przepis ten *nie może stanowić samoistnej podstawy zarzutów odwołania, a zawsze winien odnosić się do czynności lub zaniechania wynikającego z ustawy Prawo zamówień publicznych*. W odwołaniu nie określono takiej czynności lub zaniechania, posłużono się jedynie ogólnymi stwierdzeniami i powołano się na wątpliwości co do równego traktowania wykonawców.

W trakcie rozprawy Odwołujący podniósł, że Zamawiający udostępnił liderowi zwycięskiego Konsorcjum swój potencjał techniczny, tj. wynajął pojazdy mające służyć do wykonania zamówienia. Okoliczność ta została przez Izbę uznana za nowy, nie przedstawiony w odwołaniu zarzut. W ocenie Izby nie można akceptować przedstawiania w odwołaniu ogólnikowych zastrzeżeń co do naruszenia przepisów prawa (bez wskazania *de facto* takich przepisów), aby następnie, po upływie terminu na wniesienie odwołania, w ramach prezentowania stanowiska strony na rozprawie, zarzucać zamawiającemu dokonania innych czynności, w tym przypadku czynności niezwiązanej obiektywnie zarzutem sformułowanym w odwołaniu. Udostępnienie pojazdów służących do wykonania zamówienia jest okolicznością niezależną od kwestionowanego w odwołaniu powiązania kapitałowego między Zamawiającym a jednym z członków Konsorcjum. Jeśli zdaniem Odwołującego działanie Zamawiającego w tym zakresie naruszało przepisy prawa, powinien podnieść to w odwołaniu, wskazując kwestionowaną czynność oraz przedstawić okoliczności faktyczne i prawne na poparcie swojego stanowiska. Ponieważ Odwołujący tego nie zrobił, zarzut przedstawiony dopiero na rozprawie nie może być przedmiotem orzeczenia Izby. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że Zamawiający podjął czynności mające na celu wyeliminowanie ewentualnych wątpliwości co do jego bezstronności. Kierownik Zamawiającego oraz członkowie komisji przetargowej złożyli bowiem oświadczenia o zaistnieniu okoliczności uzasadniających wyłączenie z postępowania (art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp). W związku z tym czynności badania i oceny ofert dokonał pełnomocnik ustanowiony na podstawie art. 15 ustawy Pzp. W odwołaniu nie podniesiono żadnych konkretnych zarzutów, świadczących o nieprawidłowym dokonaniu badania i oceny ofert.



III. Izba nie uwzględniła również zarzutu dotyczącego odrzucenie oferty Odwołującego i zaniechanie odrzucenia oferty pozostałych wykonawców, z uwagi na błąd w obliczeniu ceny ofertowej, polegający na zastosowaniu niewłaściwej stawki podatku VAT dla usług transportu pojemników z miejsca usytuowania na nieruchomości do miejsc postoju samochodu specjalistycznego przeznaczonego do ich transportu oraz usług mycia i dezynfekcji pojemników.

W pierwszej kolejności należy podnieść, że zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w uchwałach III CZP 52/11 i III CZP/53/11 z 20 października 2011 r., 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 ustawy Pzp). Tym samym, prawidłowość stawki VAT przyjętej do obliczenia ceny oferty podlega ocenie zamawiającego, a w konsekwencji badaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą w toku postępowania odwoławczego.

Nie ma wątpliwości co do tego, że będąca przedmiotem zamówienia usługa główna, tj. odbiór odpadów komunalnych, podlega opodatkowaniu preferencyjną stawką podatku VAT. Wynika to z art. 41 ust. 2 ustawy o podatku od towarów i usług w związku z załącznikiem 3 do tej ustawy, który w pozycjach 143 i 144 wymienia usługi związane ze zbieraniem odpadów innych niż niebezpieczne nadających się do recyklingu oraz usługi związane ze zbieraniem odpadów innych niż niebezpieczne nienadających się do recyklingu (PKWiU 38.11.1 i 38.11.2). Bezsporna między stronami postępowania jest także okoliczność, że co do zasady każde świadczenie dla celów podatkowych traktowane jest odrębnie. Strony jednak odmiennie oceniają kwestię powiązania usług dodatkowych z usługą główną, uzasadniającego objęcie ogółu świadczeń stawką właściwą dla świadczenia głównego.

Z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wynika, że zasadą jest odrębne, samodzielne opodatkowanie poszczególnych usług. Jednakże w przypadku świadczenia szeregu usług związanych z sobą, tworzących obiektywną całość w ramach określonej transakcji gospodarczej, nie należy sztucznie ich rozdzielać dla celów podatkowych. Jeśli usługa nie stanowi celu samego w sobie, ale jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej, należy ją traktować jako usługę pomocniczą, opodatkowując ją według zasad właściwych dla usługi zasadniczej (m.in. wyrok TSUE z 27 października 2005 r. C-41/04).

Analiza przedmiotu zamówienia uzasadnia - zdaniem Izby - stanowisko, że usługi transportu pojemników z miejsca usytuowania na nieruchomości do miejsc postoju samochodu specjalistycznego przeznaczonego do ich transportu oraz usług mycia

i dezynfekcji pojemników są powiązane z usługą odbioru odpadów, w sposób uzasadniający objęcie ich stawką podatku VAT właściwą dla usługi głównej, tj. stawką 8%. Usługi te składają się na kompleksową usługę związaną z odbiorem odpadów komunalnych i pozostają z sobą w związku. Transport pojemnika do pojazdu przeznaczonego do transportu odpadów służy bowiem opróżnieniu go z odpadów, w celu odbioru tych odpadów. Z kolei mycie i dezynfekcja pojemników musi być poprzedzone ich opróżnieniem.

Zdaniem Izby, powyższego stanowiska nie zmienia fakt, że usługi te zostały określone jako opcjonalne. Czynności związane z przygotowywaniem pojemników do odbioru oraz utrzymywania ich w czystości oraz ich dostarczenie do miejsca przeznaczonego do odbioru odpadów należą, co do zasady, do właściciela lub zarządcy nieruchomości, ale wykonanie takich usług może zostać zlecone wykonawcy zamówienia, jeśli podmiot zobowiązany zadeklaruje wolę ich zlecenia. Dlatego mają one - zgodnie z SIWZ - charakter opcjonalny. Niemniej jednak w przypadku ich zlecenia, realizowane będą przez wykonawcę usługi głównej i w związku z jej wykonywaniem, będą składać się na realizację kompleksu usług związanych z utrzymaniem czystości i porządku w gminie. Do wykonania usługi głównej konieczne jest bowiem przetransportowanie pojemnika do samochodu, a umycie tego pojemnika nie jest możliwe bez usunięcia jego zawartości. Wykonanie tych czynności nie jest celem samym w sobie, towarzyszą one usłudze odbierania odpadów, uzupełniając ją i poprawiając jej jakość. Świadczenie takiej usługi zupełnie odrębnie, bez powiązania z usługą odbierania odpadów, byłoby sztuczne i niepotrzebne.

Bez znaczenia dla oceny prawidłowości przyjętej do obliczenia ceny stawki podatku VAT jest okoliczność, że przygotowany przez Zamawiającego formularz kalkulacji ceny rozdziela kalkulację związaną z usługą podstawową i usługami dodatkowymi. Z faktu tego nie można wywodzić odrębności i samodzielności poszczególnych usług. Dla ustalenia, czy przedmiotem zamówienia jest usługa kompleksowa, istotny jest obiektywny, funkcjonalny związek poszczególnych świadczeń składających się na zamówienie, nie zaś narzucony przez Zamawiającego sposób prezentacji ceny w ofercie.

Powyższe okoliczności uzasadniają - w ocenie Izby - opodatkowanie usług transportu pojemników oraz ich mycia i dezynfekcji stawką właściwą dla usługi odbierania odpadów, tj. stawką 8%. Zatem zarzut dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego i zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....