

WYROK
z dnia 13 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska – Romek

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 lutego 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2012 r. przez **Odwołującego** – panią Elżbietę Krakowiak prowadzącą działalność gospodarczą - Usługi Leśne "DRACO", Lędyczek, ul. 20-go Lutego 13, 64-965 Okonek, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Nadleśnictwo Czarne Człuchowskie, ul. Długa 2, 77-330 Czarne,

przy udziale **Wykonawców** wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum: „Forest” Mariusz Rakowski (lider) oraz Marta i Grzegorz Uciniek, z adresem dla lidera konsorcjum: ul. Piłska 1, 78-400 Szczecinek, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru w zadaniu 3 i 4 oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako konsorcjum FOREST: Mariusz Rakowski oraz Marta i Grzegorz Uciniek oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.
2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** - Nadleśnictwo Czarne Człuchowskie, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – Elżbietę Krakowiak, prowadzącą działalność gospodarczą - Usługi Leśne "DRACO", tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Zamawiającego** - Nadleśnictwo Czarne Człuchowskie, na rzecz **Odwołującego** – Elżbiety Krakowiak, prowadzącej działalność gospodarczą - Usługi Leśne "DRACO", kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 190/12

Uzasadnienie

Zamawiający – Nadleśnictwo Czarne Człuchowskie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie usług z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Czarne Człuchowskie w 2012 roku.

Ogłoszeniu o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 listopada 2011 roku pod poz. 2011/S 223 – 362302.

W dniu 30 stycznia 2012 roku Odwołujący – Elżbieta Krakowiak, prowadząca działalność gospodarczą p.n. Usługi Leśne Draco, wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność zamawiającego polegającą na niezgodnym z prawem wyborze oferty konsorcjum FOREST Mariusz Rakowski w częściach 3 i 4 zamówienia.

Odwołujący podniósł, że zamawiający swoim działaniem naruszył:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp – przez nieodrzućenie oferty konsorcjum FOREST Mariusz Rakowski,
2. art. 91 ust. 1 ustawy pzp – przez nie dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, spełniającej warunki postawione przez zamawiającego.
3. art. 7 ustawy pzp – naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu zarzutów odwołujący podniósł, że konsorcjum podało błędną stawkę podatku VAT dla poz.

1. UT – DROGIL – zimowe utrzymanie dróg prace mechaniczne (godz. zima) – zastosowana stawka VAT 23 % jest nieprawidłowa.
2. O- ŚMIECI sprzątnięcie śmieci (TRANS – SM – godz. transportowe) - zastosowano stawkę 23 % jest nieprawidłowa.

Odwołujący, powołując się na rozporządzenie z dnia 29 października 2008 roku w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWU) oraz ustawę z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług, wskazał, że stawki podatku od towarów i usług ustalane są na podstawie odniesienia do klasyfikacji statystycznej. Zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy o podatku od towarów i usług dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy stawka podatku wynosi 8%. Załącznik nr 3 wskazuje, że usługi oznaczone kodem 38.11.1 (poz. 143 - Usługi związane ze zbieraniem odpadów innych niż niebezpieczne nadających się do recyklingu), 38.11.2 (poz. 144 - Usługi związane ze zbieraniem odpadów innych niż niebezpieczne nienadających się do recyklingu), 38.11.6 (poz. 145 - usługi związane z

infrastrukturą przeznaczoną do przemieszczania odpadów innych niż niebezpieczne), 38.21.2 (poz. 149 - Usługi związane z usuwaniem odpadów innych niż niebezpieczne), 81.29.13.0 (poz. 175 - Pozostałe usługi sanitarne) opodatkowane są stawką podatku VAT w wysokości 8 %. Natomiast Sekcja E stanowiąca załącznik do rozporządzenia z dnia 29 października 2008 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU), w której wymienione są powyższe usługi, obejmuje również transport, jeżeli jest on integralną częścią zbierania odpadów. Zatem, odwołujący podniósł, że wymieniona w opisie przedmiotu zamówienia czynność polegająca na zwiezieniu uprzednio zebranych odpadów z terenu leśnictwa i wywiezieniu ich transportem mechanicznym na najbliższe wysypisko odpadów komunalnych jest zgodnie z powyższymi wykazami opodatkowana podatkiem VAT w wysokości 8%.

Z kolei prace opisane jako „utrzymanie przejezdności dróg w okresie opadów śniegu” należy jednoznacznie rozumieć jako „usuwanie śniegu” znajdujące się w klasyfikacji PKWiU pod symbolem 81.29.12.0, również opodatkowane stawką VAT w wysokości 8%, zgodnie z Załącznikiem nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług.

Odwołujący podniósł, iż stawki zastosowane przez Konsorcjum „FOREST” Mariusz Rakowski są ewidentnie błędne. Obowiązkiem zaś Zamawiającego jest ustalenie prawidłowej stawki podatku, mając szczególnie na uwadze Uchwałę Sadu Najwyższego z dnia 20 października 2011 roku (Sygn. akt III CZP 52/11): „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).

W konsekwencji odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty konsorcjum FOREST Mariusz Rakowski oraz wybór oferty odwołującego. Wniósł także o zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów zgodnie z właściwymi przepisami.

W dniu 2 lutego 2012 roku Mariusz Rakowski oraz Marta Uciniek, przedsiębiorcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia jako konsorcjum FOREST zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Przystępujący nie zgodził się ze stanowiskiem odwołującego, że usługa polegająca na „zwiezieniu uprzednio zebranych odpadów z terenów leśnictwa i wywiezieniu ich transportem mechanicznym na najbliższe wysypisko odpadów komunalnych” winna być opodatkowana stawką 8% VAT, bowiem jest tożsama z „usługami związanymi ze zbieraniem i usuwaniem odpadów”, które wymienione są w załączniku nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług. Odwołujący wskazał, że zgodnie z załącznikiem sekcja E do rozporządzenia w sprawie PKWiU usługi obejmujące zbieranie odpadów obejmują również transport, jeżeli jest on integralną częścią zbierania odpadów. Przystępujący podniósł, że oznacza to, że czynności

transportu odpadów muszą być funkcjonalnie powiązane z ich zbieraniem, w ten sposób, że zachodzi przynajmniej tożsamość podmiotów wykonujących usługę (ten sam podmiot zbiera i transportuje odpady), tożsamość przedmiotowa (transportowane są te same odpady, które zostały zebrane) i bezpośrednie następstwo czasowe (jeżeli odpady po zebraniu były składowane a dopiero po dłuższym czasie wywiezione, trudno uznać by transport stanowił integralną część zbierania). Jeśli powiązania funkcjonalnego brak, to mamy do czynienia z dwiema odrębnymi usługami – zbieraniem odpadów (opodatkowanym stawką 8%) i transportem odpadów (opodatkowanym stawką 23%). Stanowisko to zostało potwierdzone interpretacją podatkową z 2011 roku wydaną przez Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy, załączoną do odwołania. Pozostałe załączone przez odwołującego interpretacje podatkowe opierają się na lakonicznym stwierdzeniu, że administracja podatkowa nie dokonuje klasyfikacji działalności gospodarczej i opiera interpretację na założeniu, że grupowanie wskazane przez wnioskodawcę jest prawidłowe. Zdaniem przystępującego z opisu przedmiotu zamówienia nie wynika, że transportowi podlegać będą wyłącznie odpady zebrane przez wykonawcę – wprost przeciwnie mogą to być odpady zebrane przez kogoś innego, a znajdujące się na terenie leśnictwa. Wówczas brak funkcjonalnego powiązania pomiędzy zbieraniem odpadów a ich transportem, a zastosowanie stawki 8% byłoby niezgodne z prawem.

Odnosnie usług polegających na „utrzymaniu przejezdności dróg w okresie opadów śniegu, zgodnie ze wskazaniami leśniczego” przystępujący nie zgodził się ze stanowiskiem odwołującego, który przyjął, że usługi te obejmują wyłącznie usługi zmiatania śmieci i usuwania śniegu. Przystępujący powołał się na opis przedmiotu zamówienia (sekcja Prace z zakresu utrzymania obiektów leśnych ogólnego przeznaczenia), gdzie zamawiający podał, że do zakresu tego rodzaju prac należeć będzie: usuwanie krzewów z poboczy dróg, spuszczenie wody z zastoisk w pasie drogowym, wycinka korzeni, drobne naprawy dróg leśnych polegające na ich wygładzeniu włóką lub uzupełnieniu nawierzchni materiałem dowiezionym, itp. Czynności te nie wchodzi w zakres usług związanych z „usuwaniem śniegu”, są w znacznej części usługami konserwacji i remontu dróg, opodatkowanymi stawką podstawową. Zdaniem przystępującego dokładna klasyfikacja wykonanych usług będzie możliwa na etapie realizacji umowy, może bowiem się zdarzyć, że leśniczy zleci w okresie opadów śniegu tak odśnieżanie jak i uzupełnienie ubytków drogi.

Pismem z dnia 8 lutego 2012 roku zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania i przyznanie kosztów zastępstwa prawnego. Nie zgodził się z twierdzeniem odwołującego, że nieuzasadnione było ponowne wezwanie skierowane do przystępującego w celu udzielenia wyjaśnień w zakresie zaproponowanych stawek podatku VAT. Przepis art. 87 ust. 1 ustawy pzp może być wielokrotnie stosowany, tak aby zamawiający uzyskał pełne wyjaśnienia co do wątpliwych kwestii dotyczących treści oferty.

Zamawiający wskazał, że nie jest on władny do przesądzenia w sposób ostateczny jaka jest prawidłowa stawka podatku VAT, co wynika z obowiązujących przepisów prawa podatkowego, Powołał art. 26 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku Ordynacja podatkowa, który stanowi, że podatnik odpowiada całym swoim majątkiem za wynikające ze zobowiązań podatkowych podatki. Z przytoczonych w piśmie uregulowań prawnych zamawiający wywiódł, że odpowiedzialność za zastosowanie prawidłowej stawki podatku VAT, a tym samym za prawidłowo wyliczony podatek ponosi wyłącznie podatnik, czyli podmiot świadczący daną usługę. Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za ustalenie stawki podatku VAT, bo nie jest to jego obowiązek. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany został pogląd, że określenie stawki podatku VAT jest obowiązkiem wykonawcy, natomiast podanie niewłaściwej stawki wartości podatku jest błędem w obliczeniu ceny i nie podlega żadnym poprawom jako oczywista omyłka rachunkowa. W orzecznictwie KIO zwraca się uwagę na postanowienia odnośnie stawek podatku VAT zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W sytuacji, gdy zamawiający narzucił konkretne stawki podatku VAT jest związany tymi stawkami, jeśli takich stawek nie narzucił – nie ma prawa na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp odrzucić oferty. Zamawiający nie jest uprawniony do dokonywania wiążącej interpretacji w zakresie właściwej stawki VAT i do weryfikowania tej stawki w ofercie wykonawcy. Wskazał, że nie podał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia żadnych ustaleń co do stawki VAT. Odnośnie zastosowanej stawki podatku VAT przez konsorcjum FOREST, przyjął za prawidłowe stanowisko przystępującego i uznał je za własne stanowisko w sprawie.

Na podstawie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne oraz mając na uwadze stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Postępowanie na świadczenie usług z zakresu gospodarki leśnej prowadzone jest z podziałem na części (zadania), przedmiotem odwołania jest zadanie 3 i 4.

Zamawiający wymagał podania od wykonawców, biorących udział w postępowaniu cen jednostkowych dla poszczególnych usług oraz zastosowanych stawek podatku VAT.

Na formularzu oferty wykonawcy mieli podać łączną cenę netto i brutto za świadczenie usług, która była przedmiotem oceny w jedynym kryterium oceny ofert, jaki jest cena.

Konsorcjum FOREST zaproponowało w zadaniu 3 cenę 862 398, 60 zł, zaś odwołujący – DRACO cenę 905 620, 23 zł. W zadaniu 4 wykonawcy zaproponowali odpowiednio: FOREST – 473 531, 19 zł, DRACO – 520 388, 02 zł.

W formularzu cenowym złożonym w ofercie konsorcjum FOREST podano:

1. UT – DROGIL – zimowe utrzymanie dróg prace mechaniczne (godz. zima) – stawka VAT 23%,
2. O- ŚMIECI – sprzątanie śmieci (TRANS – SM – godz. transportowe) – stawka 23 %.

W tych samych pozycjach odwołujący – DRACO podał stawkę 8%.

W załączniku nr 1 do siwz, zamawiający odnośnie kwestionowanych pozycji dokonał następującego opisu przedmiotu zamówienia:

KOD – GRUPY czynności O- Śmieci – sprzątanie śmieci z terenów leśnych.

- ZB – Śmieci – czynność polegającą na zbieraniu śmieci (odpadów) do worków z terenów leśnych, przy szlakach komunikacyjnych graniczących z lasem, oraz wokół jezior i na innych terenach leśnych, na terenie leśnictwa, według lokalizacji podanych przez leśniczego.

TRANS – SM – czynność polega na zwiezieniu uprzednio zebranych odpadów z terenu leśnictwa i wywiezienie ich transportem mechanicznym na najbliższe wysypisko odpadów komunalnych (strona 7).

KOD GRUPY – czynności – UT DROGIL utrzymanie dróg leśnych

GODZ – RDR prace godzinowe – ręczne, usuwanie krzewów z poboczy dróg, spuszczenie wody z zastoisk na pasie drogowym, wycinka wyrastających korzeni itp.

GODZ – CDR prace godzinowe mechaniczne – drobne naprawy dróg leśnych polegające na ich wygładzeniu włóką lub uzupełnieniem ubytków nawierzchni materiałem dowiezionym, z wyłączeniem napraw uszkodzeń dróg powstałych w wyniku prowadzonej zrywki lub pozyskania drewna.

GODZ. ZIMA – utrzymanie przejezdności dróg w okresie opadów śniegu zgodnie ze wskazaniami leśniczego (strona 8).

Zamawiający pismem z dnia 16 grudnia 2011 roku zwrócił się do konsorcjum FOREST o wyjaśnienie zastosowanej stawki podatku VAT w częściach 1, 2, 3, 4, 6 w poz. O – ŚMIECI –sprzątanie śmieci (ZB- ŚMIECI godz. ręczne) oraz w poz. UT- DROGIL – zimowe utrzymanie dróg prace mechaniczne (godz. zima). W odpowiedzi FOREST wyjaśnił, że na podstawie podanych w ofercie stawek rozlicza się z Urzędem Skarbowym. W dniu 10 stycznia 2012 roku zamawiający zwrócił się ponownie do tego wykonawcy o złożenie dodatkowych wyjaśnień dotyczących stawek podatku VAT i wskazał, że w złożonym wyjaśnieniu należy powołać się na interpretację indywidualną i podać PKWiU, uzasadniając zastosowanie stawki podatku VAT. W dniu 12 stycznia 2012 roku konsorcjum FOREST

wyjaśniło, że O – ŚMIECI – sprzątanie śmieci (ZB- ŚMIECI godz. ręczne) należy zaliczyć do PKWiU 38.11.1, 38.11.2 oraz 38.21.2 dla których stawka wynosi 8%.

W odniesieniu do usług w poz. UT- DROGIL – zimowe utrzymanie dróg prace mechaniczne (godz. zima) wskazał, że należy je zaklasyfikować do PKWiU 45.23.12 – 00.00 tj. roboty ogólnie budowlane związane z nawierzchnią przy budowie autostrad, dróg, ulic i pozostałych tras pieszych i zmotoryzowanych, z wyłączeniem autostrad nadziemnych. Opierając się na słowniku języka polskiego wskazał, że przez utrzymanie, remont należy rozumieć zachowanie w stanie niezmienionym, należytym oraz naprawienie, odnowienie, przywrócenie wartości użytkowej, doprowadzenie budynku lub urządzeń do używalności co oznacza również utrzymanie przejezdności dróg w okresie opadów śniegu.

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie

Na wstępie Izba uznała, że odwołujący jako podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia i kwestionujący prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, uprawniającym go do wniesienia odwołania. Uwzględnienie odwołania daje szansę odwołującemu na uzyskanie zamówienia publicznego, objętego zadaniami 3 i 4.

Kwestią sporną między stronami jest prawidłowość zastosowania stawki 23 % podatku VAT na:

1. usługi polegające na zimowym utrzymaniu dróg prace mechaniczne obejmujące utrzymanie przejezdności dróg w okresie opadów śniegu zgodnie ze wskazaniami leśniczego oraz
2. usługi polegające na zwiezieniu uprzednio zebranych odpadów z terenu leśnictwa i wywiezienie ich transportem mechanicznym na najbliższe wysypisko odpadów komunalnych.

Izba wskazuje, powołując się na uchwałę SN z dnia 20 października 2011 roku (Sygn. akt III CZP 52/11), że podanie nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp, o ile brak jest ustawowych przesłanek poprawienia omyłki. Przywołany przepis ustawy pzp ma charakter *ius cogens*, zatem to na zamawiającym, spoczywa obowiązek oceny czy nie zachodzą przesłanki do ewentualnego odrzucenia oferty na tej podstawie, czyli w konsekwencji oceny czy podana przez wykonawcę stawka podatku VAT jest prawidłowa. W kontekście powyższego, nie zasługuje na uznanie stanowisko zamawiającego, że nie jest on uprawniony do dokonywania wiążącej

interpretacji w zakresie właściwej stawki VAT i do weryfikowania tej stawki w ofercie wykonawcy.

Izba uznała za prawidłowe stanowisko odwołującego co do błędnego zastosowania przez przystępującego – konsorcjum FOREST, stawki podatku VAT w wysokości 23 % na usługi polegające na zimowym utrzymaniu dróg prace mechaniczne. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1) podał, że usługa ta polega na „utrzymaniu przejezdności dróg w okresie opadów śniegu zgodnie ze wskazaniami leśniczego”. Przeprowadzona rozprawa i złożone w jej toku wyjaśnienia dowiodły, że zakres prac objętych tą usługą polega w istocie na usuwaniu śniegu, odśnieżaniu dróg. Wymienione przez przystępującego i zamawiającego prace związane z koniecznością ewentualnego usunięcia krzewów z poboczy dróg, spuszczenia wody z zastoisk na pasie drogowym, wycinki wyrastających korzeni, drobnych napraw dróg leśnych polegające na wygładzeniu włóką lub uzupełnieniem ubytków nawierzchni materiałem dowiezionym, zostały ujęte w odrębnych pozycjach i wycenione z zastosowaniem podstawowej stawki podatku VAT w wysokości 23 %. Zamawiający i przystępujący nie wykazali w toku rozprawy, aby w zakres usług polegających na utrzymaniu przejezdności dróg w okresie opadów śniegu wchodziły prace inne niż li tylko polegające na usuwaniu śniegu.

W myśl § 3 pkt 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 29 października 2008 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) (Dz. U. Nr 207 poz. 1293 ze zm.) dla celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług do dnia 31 grudnia 2010 r. stosuje się Polską Klasyfikację Wyrobów i Usług (PKWiU), wprowadzoną rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 18 marca 1997 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) (Dz. U. Nr 42 poz. 264 ze zm.) Jak ustalono wyżej zakres usług polegający na utrzymaniu przejezdności dróg w okresie opadów śniegu, obejmuje odśnieżanie, usuwanie śniegu, czyli usługę sklasyfikowaną w PKWiU pod poz. 81.29.12.0, ujętą w poz. 174 załącznika nr 3 „Wykaz towarów i usług, opodatkowanych stawką podatku w wysokości 7%”. Wobec powyższego Izba uznała, że skoro w zakres usługi wchodzi usuwanie śniegu, ujęte w załączniku nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług, to usługę tę należało wycenić z uwzględnieniem obniżonej stawki podatku VAT w wysokości 8%.

Niezasadne jest także przyjęcie przez przystępującego podstawowej stawki podatku VAT na usługi polegające na „zwiezieniu uprzednio zebranych odpadów z terenu leśnictwa i wywiezieniu ich transportem na najbliższe wysypisko odpadów komunalnych”. Ze złożonych w toku rozprawy wyjaśnień wynika, że zasadniczo zakres tej usługi obejmuje transport uprzednio zebranych przez wykonawcę śmieci do worków z terenów leśnych, przy szlakach komunikacyjnych graniczących z lasem. Z treści opisu przedmiotu zamówienia,

stanowiącego załącznik nr 1 wynika, że czynność zwiezienia zebranych odpadów i ich wywiezienie na wysypisko jest nierozzerwalnie związana z usługą zbierania śmieci (odpadów) do worków z terenów leśnych i dotyczy odpadów zebranych przez tego samego wykonawcę. Na powiązanie między tymi usługami wskazuje sama treść specyfikacji, gdzie obie usługi zostały ujęte jako sprzątnięcie śmieci z terenów leśnych. Nie ma zatem wątpliwości, że zachodzi realne powiązanie między usługą zbierania a wywozu odpadów, a także zachodzi tożsamość podmiotowa (ten sam podmiot zbiera i wywozi odpady) oraz przedmiotowa (transportowi podlegają odpady uprzednio zebrane), na której konieczność zaistnienia wskazywał sam przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego. Zgodnie z załącznikiem nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług, usługi związane ze zbieraniem odpadów innych niż niebezpieczne nadających się do recyklingu (PKWiU 38.11.1), usługi związane ze zbieraniem odpadów innych niż niebezpieczne nienadających się do recyklingu (38.11.2), usługi związane ze zbieraniem odpadów niebezpiecznych (38.12.2) są objęte stawką w wysokości 8%. Zgodnie z sekcją E stanowiącą załącznik do rozporządzenia z dnia 29 października 2008 roku w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług, w której wymienia się usługi związane ze zbieraniem odpadów, podaje się w uwagach dodatkowych, że „sekcja to obejmuje także transport, jeżeli jest on integralną częścią zbierania odpadów”.

Jak wykazano wyżej usługa transportu odpadów (śmieci) jest usługą nierozzerwalnie związaną ze zbieraniem odpadów zarówno pod względem podmiotowym jak i przedmiotowym, zatem usługa taka winna być także objęta podatkiem w wysokości 8 % VAT. Zamawiający w toku rozprawy wyjaśnił, że może zdarzyć się sytuacja, w której koniecznym będzie wywiezienie (transport) odpadów pozostawionych np. przez turystów czy pobliskich mieszkańców albo odpadów zebranych w czasie akcji „sprzątnięcie świata”. Należy podzielić pogląd odwołującego, że w sytuacji pozostawienia śmieci przez turystów czy mieszkańców nadal obowiązkiem wykonawcy będzie zarówno zebranie pozostawionych śmieci (odpadów) jak i wywiezienie ich na pobliskie wysypisko, co powoduje, że również w takiej sytuacji usługa zbierania śmieci i ich wywozu będą nierozzerwalnie ze sobą związane. Ponadto, Izba zwraca uwagę, że podane przez zamawiającego sytuacje wystąpią sporadycznie, i nie mogą mieć one wpływu na podstawowy zakres usługi, określony przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jakim jest zwiezienie uprzednio zebranych przez tego samego wykonawcę odpadów.

Wobec powyższego Izba uznała, że przystępujący zastosował błędną stawkę podatku VAT na usługi polegające na utrzymaniu przejezdności dróg w okresie opadów śniegu oraz na usługi zwiezienia uprzednio zebranych odpadów z terenu leśnictwa i wywiezieniu ich transportem mechanicznym na najbliższe wysypisko.

Ponieważ wykazane naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 91 ust. 1 i art. 7 ustawy pzp miało wpływ na wynik postępowania, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy pzp uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru w zadaniu 3 i 4 oferty wykonawców: Mariusz Rakowski oraz Marta i Grzegorz Uciniek wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako konsorcjum FOREST oraz nakazała dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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:

.....