

Sygn. akt: KIO 1004/22
KIO 1008/22

WYROK
z dnia 26 kwietnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadzisz**

Członkowie: **Piotr Kozłowski**

Katarzyna Poprawa

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 24 kwietnia 2023 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

- w dniu 11 kwietnia 2023 roku przez wykonawcę BM Recykling spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Andrychowie (sygn. akt KIO 1004/23),
- w dniu 11 kwietnia 2023 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Remondis Górny Śląsk spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej, Remondis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Remondis MPGO Sosnowiec spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu (sygn. akt KIO 1008/23)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miasto Ruda Śląska

przy udziale:

- a) wykonawcy PreZero Service Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1004/23 i KIO 1008/23 po stronie Zamawianego,
- b) wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Remondis Górny Śląsk spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej, Remondis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Remondis MPGO Sosnowiec spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1004/23 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1.

A) Oddała w całości odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1004/23,

B) Oddała w całości odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1008/23.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę BM Recykling spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Andrychowie (sygn. akt KIO 1004/23) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Remondis Górny Śląsk spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej, Remondis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Remondis MPGO Sosnowiec spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu (sygn. akt KIO 1008/23) i:

a. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę BM Recykling spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Andrychowie (sygn. akt KIO 1004/23) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Remondis Górny Śląsk spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej, Remondis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Remondis MPGO Sosnowiec spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu (sygn. akt KIO 1008/23) tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 1004/23
KIO 1008/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miasto Ruda Śląska prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Miasta Ruda.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 022-062331 w dniu 31 stycznia 2023 roku.

Sygn. akt KIO 1004/23

11 kwietnia 2023 roku wykonawca BM Recykling spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Andrychowie (dalej: Odwołujący lub „BM”) w oparciu o art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 poz. 1710 ze zm. dalej: „Pzp” lub „ustawa”), wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, polegające na: 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy PreZero Service Południe Sp. z o.o., zamiast odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp; 2) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Firm: Remondis Górny Śląsk Sp. z o. o., Remondis MPGO Sosnowiec Sp. z o. o. oraz Remondis Sp. z o. o., na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, przez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy PreZero Service Południe Sp. z o. o., pomimo iż oferta ta powinna zostać odrzucona z uwagi na zawarte w niej błędy w obliczeniu ceny w zakresie określenia stawki podatku VAT dla usług wskazanych w pozycji c2, c3, c4 Tabeli 3.2.1. formularza ofertowego;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Firm: Remondis Górny Śląsk Sp. z o. o., Remondis MPGO Sosnowiec Sp. z o. o. oraz Remondis Sp. z o. o. z uwagi na zawarte w niej błędy w obliczeniu ceny w zakresie określenia stawki podatku VAT dla świadczeń wskazanych w pozycji c2, c3, c4 Tabeli 3.2.1. formularza ofertowego;

- 3) art. 16 ust. 1 Pzp, przez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji, przejawiający się w tym, że ocenie podlegały oferty podlegające odrzuceniu, jak również, że oferta podlegająca odrzuceniu uznana została za najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty PreZero Service Południe Sp. z o. o. oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp,
- nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum Firm: Remondis Górny Śląsk Sp. z o. o., Remondis MPGO Sosnowiec Sp. z o. o. oraz Remondis Sp. z o. o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp,
- nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia czynności ponownego badania i oceny ofert z pominięciem ofert odrzuconych,
- zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, według faktury i potwierdzenia poniesionych kosztów, jakie zostaną złożone podczas rozprawy

Odwołujący podał, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż w przypadku odrzucenia oferty PreZero Service Południe Sp. z o. o. oraz Konsorcjum Firm: Remondis Górny Śląsk Sp. z o. o., Remondis MPGO Sosnowiec Sp. z o. o. oraz Remondis Sp. z o. o., oferta Odwołującego zostanie uznana jako najkorzystniejsza.

W postępowaniu zostały złożone cztery oferty, z czego oferta Odwołującego otrzymała trzecią w kolejności ilość punktów, za ofertą PreZero Service Południe Sp. z o. o. (dalej jako „PreZero”) oraz ofertą Konsorcjum Firm: Remondis Górny Śląsk Sp. z o. o., Remondis MPGO Sosnowiec Sp. z o. o. oraz Remondis Sp. z o. o. (dalej jako „Konsorcjum”). Czwarta oferta złożona w analizowanym postępowaniu została odrzucona przez Zamawiającego.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Przebieg postępowania oraz treść złożonych ofert

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Miasta Ruda Śląska (nr ref.: AP.271.78.2022), Zamawiający w dniu 31 marca 2023 r. jako najkorzystniejszą wybrał ofertę PreZero. W ocenie Odwołującego wybór oferty tego wykonawcy był nieuzasadniony z następujących względów: W związku z realizacją zamówienia wynagrodzenie wykonawcy stanowić ma sumę cen

brutto określonych w punkcie 3.1 i punkcie 3.2 formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ. W punkcie 3.1. formularza ofertowego należało podać cenę brutto za „odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i zebranych w gminnym PSZOK-u wraz z ich zagospodarowaniem”. Natomiast w punkcie 3.2. należało podać cenę brutto za „zebranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych usuniętych z miejsc nieprzeznaczonych do ich składowania”, przy czym w Tabeli 3.2.1. formularza ofertowego wymieniono poszczególne świadczenia wchodzące w zakres tego zadania, z rozbiciem na ceny jednostkowe. W Tabeli 3.2.1. należało podać ceny jednostkowe brutto dla świadczeń wyszczególnionych kolejno w pozycjach c1, c2, c3 i c4 Tabeli:

- c1 – Zebranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych usuniętych z miejsc nieprzeznaczonych do ich składowania (w ramach tzw. likwidacji nielegalnych wysypisk odpadów),
- c2 – Ustawienie tablicy informacyjnej o „zakazie wysypywania śmieci” z tworzywa sztucznego i/lub metalowego (ocynkowanego lub pomalowanego) ze stopą fundamentową, zbrojną, zakotwioną do podłoża,
- c3 – Ustawienie bariery betonowej, drogowej, zabezpieczającej przed wjazdem osób postronnych,
- c4 – Ustawienie słupka z tworzywa sztucznego lub metalowego (ocynkowanego lub pomalowanego) ze stopą fundamentową, zbrojną, zakotwioną do podłoża, zabezpieczającego przed wjazdem osób postronnych.

Odwołujący podał, że Zamawiający nie wskazał w SWZ, jaka stawka VAT ma zostać zastosowana przy obliczaniu ceny brutto, dlatego każdy z wykonawców określał ją samodzielnie w formularzu ofertowym.

PreZero oraz Konsorcjum dla usług wymienionych w pozycji c1, c2, c3 i c4 Tabeli 3.2.1 formularza ofertowego zaoferowali jednolitą stawkę VAT w wysokości 8 %. Zgodnie ze złożonymi przez nich wyjaśnieniami takie działanie jest prawidłowe, ponieważ świadczenia wskazane w pozycjach c2, c3 i c4 Tabeli 3.2.1 formularza ofertowego należy uznać za pomocnicze w stosunku do świadczenia głównego, jakim jest zebranie i zagospodarowanie odpadów z miejsc nieprzeznaczonych do ich składowania tj. likwidacja nielegalnych „dzikich” wysypisk (świadczenie z pozycji c1). Świadczenia wskazane w pozycjach c1-c4 stanowią jedną usługę kompleksową, dla której należy zastosować jednolitą stawkę podatku VAT.

Odwołujący skonstruował ofertę w odmienny sposób, tj. dla świadczenia z pozycji c1 Tabeli 3.2.1 formularza ofertowego wskazał stawkę VAT w wysokości 8 %, natomiast dla świadczeń z pozycji c2, c3 i c4 wskazał podstawową stawkę VAT, czyli 23 %. W jego ocenie takie działanie było w pełni uprawnione i to właśnie takie stawki VAT powinny zostać zastosowane

do poszczególnych świadczeń, ponieważ nie można ich poczytywać jako jednego świadczenia kompleksowego (szczegółowe uzasadnienie tej kwestii, z punktu widzenia prawa podatkowego oraz orzecznictwa – pkt 3-12 uzasadnienia odwołania).

W związku z tym, że w postępowaniu zostały złożone oferty, które w Tabeli 3.2.1. formularza ofertowego, w pozycjach c2, c3, c4, zawierały różne stawki podatku VAT, Zamawiający wezwał wszystkich wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących zastosowania w poszczególnych ofertach stawki podatku VAT 8% (PreZero, Konsorcjum i Eneris) oraz 23% (BM Recykling). Zamawiający nie odrzucił jednak żadnej z ofert z uwagi na zastosowanie błędnej stawki podatku VAT.

Uwagi ogólne dotyczące stawek podatku VAT

Odwołujący podał, że zgodnie z dyspozycją art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 931 z późn. zm.), dalej jako „ustawa VAT”, opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług podlegają odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju. Stawka podatku VAT nie ma charakteru jednolitego w tym znaczeniu, że obok podstawowej stawki w ustawie VAT przewidziano również stawki obniżone, które znajdują zastosowanie względem oznaczonych czynności.

Podstawowa stawka podatku VAT, zgodnie z art. 41 ust. 1 w związku z art. 146ea pkt 1 ustawy VAT, wynosi 23%. Natomiast dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy VAT, stosownie do art. 41 ust. 2 w związku z art. 146ea pkt 2 ustawy VAT, stawka podatku wynosi 8%. Na potrzeby podatku VAT używa się Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług wprowadzonej rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 4 września 2015 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) (Dz. U. poz. 1676 z późn. zm.) – do symboli PKWiU odnosi się załącznik nr 3 ustawy VAT. W świetle przepisów VAT generalną zasadą jest opodatkowanie towarów i usług stawką podstawową. Stosowanie obniżonej stawki ma charakter wyjątkowy i powinno mieć zastosowanie wyłącznie w stosunku do towarów i usług wyraźnie wskazanych przez ustawodawcę w ustawie VAT lub w przepisach wykonawczych do tej ustawy. W sytuacji, gdy danego towaru lub usługi nie można odnaleźć w wykazach wymieniających produkty (usługi), do których mają zastosowanie stawki preferencyjne lub zwolnienie z VAT, wówczas stosuje się stawkę podstawową wynoszącą 23%. Przedstawiciele doktryny potwierdzają powyższe podkreślając (Por. J. Matarewicz [w:] *Ustawa o podatku od towarów i usług. Komentarz aktualizowany*, Gdańsk 2020), że jeżeli występują problemy kwalifikacyjne w odniesieniu do danego towaru lub usługi, ustawa VAT wprowadza domniemanie opodatkowania stawką podstawową. Zgodnie bowiem z art. 41 ust. 13 ustawy VAT towary i usługi będące przedmiotem czynności, o których mowa w art. 5 Ustawy VAT, niewymienione w Nomenklaturze scalonej (CN) lub w klasyfikacjach wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej, podlegają opodatkowaniu stawką

w wysokości 22% (aktualnie 23 %), z wyjątkiem tych, dla których w przepisach ustawy lub w przepisach wykonawczych wydanych na jej podstawie określono inną stawkę. Co do zasady każda z usług dla potrzeb opodatkowania VAT traktowana jest odrębnie, co wymaga ustalenia właściwej stawki podatkowej w odniesieniu do każdej z tych usług. W pewnych okolicznościach niektóre czynności mogą być uznane za usługę o charakterze kompleksowym. W takim przypadku na gruncie VAT traktowane są jako jedno zdarzenie podlegające opodatkowaniu stawką przypisywaną dla usługi głównej. Stawka 8 % przewidziana została w załączniku nr 3 do ustawy VAT. Zgodnie z jego postanowieniami, stawka 8% VAT stosowana jest obecnie dla opodatkowania m.in. usług związanych: ze zbieraniem odpadów innych niż niebezpieczne, nadających się do recyklingu (PKWiU 38.11.1); ze zbieraniem odpadów innych niż niebezpieczne, nienadających się do recyklingu (PKWiU 38.11.2); z infrastrukturą przeznaczoną do przemieszczania odpadów innych niż niebezpieczne (PKWiU 38.11.6); ze zbieraniem odpadów niebezpiecznych (PKWiU 38.12.1); z infrastrukturą przeznaczoną do przemieszczania odpadów niebezpiecznych nadających się do recyklingu (PKWiU 38.12.30.0); z obróbką odpadów innych niż niebezpieczne w celu ich ostatecznego usunięcia (PKWiU 38.21.10.0); z usuwaniem odpadów innych niż niebezpieczne (PKWiU 38.21.2); z przetwarzaniem pozostałych odpadów niebezpiecznych (PKWiU 38.22.19.0); z unieszkodliwianiem odpadów promieniotwórczych i pozostałych odpadów niebezpiecznych (PKWiU 38.22.2).

Odwołujący podał, że usługi znajdujące się w dziale 38 PKWiU obejmujące w/w czynności podlegają opodatkowaniu VAT według stawki 8%. Usługi jedynie pośrednio powiązane z działalnością prowadzoną przez podmiot zajmujący się gospodarką odpadami, które nie zawierają się w powyższym katalogu uregulowanym w załączniku nr 3 do ustawy VAT, nie korzystają z obniżonej stawki VAT i podlegają opodatkowaniu z zastosowaniem stawki podstawowej 23%.

Nie ulega wątpliwości w ocenie Odwołującego, że czynności polegające na ustawieniu:

- tablicy informacyjnej o zakazie wysypywania śmieci,
- bariery zabezpieczającej przed wjazdem osób postronnych,
- słupka zabezpieczającego przed wjazdem osób postronnych,

- nie mieszczą się w katalogu usług z załącznika nr 3 do ustawy VAT związanych z szeroko pojętym zbieraniem i przetwarzaniem odpadów. Wobec tego w ocenie Odwołującego usługi wymienione w pozycji c2, c3 i c4 Tabeli 3.2.1 formularza ofertowego podlegają opodatkowaniu 23% stawką VAT, ponieważ nie można sklasyfikować ich pod żadnym symbolem PKWiU wymienionym w załączniku nr 3 ustawy VAT. Nadanie im któregośkolwiek z w/w symboli byłoby nieuprawnione. Jedynym symbolem, który teoretycznie mógłby zostać wzięty pod uwagę, jest wymieniony w załączniku nr 3 symbol PKWiU 38.21.2 *Usługi związane z usuwaniem odpadów innych niż niebezpieczne*. Symbol ten obejmuje jednak

usługi związane z usuwaniem wyłącznie odpadów innych niż niebezpieczne, a w ramach likwidacji „dzikich wysypisk” (usuwanie odpadów dzikich wysypisk) mogą i zapewne pojawią się również odpady niebezpieczne, co jednoznacznie zamyka możliwość zastosowania tego symbolu oraz zastosowanie 8% stawki VAT. W załączniku nr 3 do ustawy VAT mamy również inne symbole związane z odpadami, które odnoszą się jednak stricte do usług zbierania, odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych (poz. 27 i nast.), w związku z czym bezsporne jest zastosowanie 8% stawki podatku VAT tylko dla czynności związanych ściśle z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych, w tym czynności pomocniczych wchodzących w zakres tego świadczenia. Usługa dotycząca usuwania dzikich wysypisk (pozycja c1 Tabeli 3.2.1 formularza ofertowego) mieści się w zakresie usług objętych 8% stawką podatku VAT. Odwołujący stawia pytanie - czy pozostałe świadczenia wymienione w pozycji c2, c3 i c4 Tabeli 3.2.1 formularza ofertowego rzeczywiście są świadczeniami pomocniczymi dla tej usługi, nierozzerwalnie z nią związanymi, bez których świadczenie główne nie mogłoby zostać zrealizowane, tym samym, czy wszystkie te świadczenia (c1-c4) stanowią usługę kompleksową, dla której zastosować należy jednolitą stawkę podatku VAT. Na to pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej.

Usługa kompleksowa

Odwołujący podał, że niezasadnym jest traktowanie usług z pozycji c2-c4 jako części świadczenia kompleksowego, którego głównym elementem jest usunięcie i wywiezienie odpadów z nielegalnych wysypisk (c1), co wynika z poniższej argumentacji.

Co do zasady każde świadczenie dla celów opodatkowania podatkiem VAT powinno być traktowane jako świadczenie odrębne i niezależne. Jednak w sytuacji, gdy jedno świadczenie obejmuje z ekonomicznego punktu widzenia kilka czynności, które prowadzą do osiągnięcia celu głównego, świadczenie to nie powinno być sztucznie dzielone dla celów podatkowych. W analizowanym postępowaniu Zamawiający prawidłowo nie podzielił na „części” usługi związanej z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych (punkt 3.1 formularza ofertowego, gdzie należało podać jedną ceną z jedną stawką VAT), w przeciwieństwie do usługi z punktu 3.2 formularza ofertowego. Usługę z pkt 3.1. Zamawiający określił jako „odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i zebranych w gminnym PSZOK-u wraz z ich zagospodarowaniem”. W skład tej usługi nie wchodzi jednak tylko „odbiór” zebranych odpadów oraz ich „zagospodarowanie”. W jej skład wchodzi również szereg usług pomocniczych, składających się w całości na jedną usługę kompleksową, opodatkowaną jedną stawką VAT (co zostało przesądzone w orzecznictwie). Jest to m.in. rozstawienie pojemników i worków na odpady, wymiana i naprawa uszkodzonych pojemników, mycie pojemników, oznakowanie pojemników, transport odpadów do miejsc zbierania i przetwarzania, przetwarzanie odpadów,

prorowadzenie ewidencji odpadów, prowadzenie innej dokumentacji związanej z wykonywaniem przedmiotu zamówienia itd., co wynika z opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ. Powyższe czynności są świadczeniem kompleksowym. Jeżeli dwa lub więcej niż dwa świadczenia dokonane przez podatnika są tak ściśle związane, że obiektywnie tworzą one w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jednolite świadczenie dla celów stosowania przepisów ustawy VAT. Jeżeli jednak w skład świadczonej usługi wchodzić będą czynności, które nie służą wyłącznie wykonywaniu czynności głównej, zasadniczej, lecz mogą mieć charakter samoistny, to wówczas nie ma podstaw dla traktowania ich jako elementu usługi kompleksowej. Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do świadczenia zasadniczego, jeśli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem w skutecznym wykorzystaniu świadczenia zasadniczego. Ważne jest, czy świadczenia są ze sobą ściśle powiązane w taki sposób, że samodzielnie nie przynoszą wymaganej praktycznej korzyści z punktu widzenia odbiorcy. Pojedyncza czynność lub świadczenie traktowane jest zatem jako element świadczenia kompleksowego wówczas, jeżeli cel świadczenia pomocniczego jest zdeterminowany przez świadczenie główne, które nie może zostać wykonane lub wykorzystane bez świadczenia pomocniczego (niemożliwe jest wykonanie czynności głównej bez czynności pomocniczej). Na gruncie przepisów unijnych, ani na gruncie przepisów krajowych, nie przewidziano definicji świadczeń kompleksowych. Stąd dokonując analizy tego pojęcia należy sięgać do orzecznictwa, w tym w szczególności do orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE). W wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04 TSUE zawarł kilka uwag pozwalających na zidentyfikowanie usług złożonych. Trybunał wskazał, że dla ustalenia, czy mamy do czynienia z tzw. usługą kompleksową należy przede wszystkim poszukiwać elementów charakterystycznych dla rozpatrywanej czynności celem określenia, czy podatnik dostarcza odbiorcy kilku odrębnych świadczeń głównych, czy też jedno świadczenie złożone. Zdaniem Trybunału w ocenie Odwołującego z jednym świadczeniem mamy do czynienia zwłaszcza w przypadku, gdy kilka elementów powinno zostać uznanych za konstytutywne dla świadczenia głównego (tak też wyrok TSUE z dnia 15 maja 2001 r. C-34/99). Istotnym wnioskiem wynikającym z orzecznictwa TSUE jest również to, że okoliczność realizowania transakcji w oparciu o jedno zamówienie (umowę), jak również ustalenie dla niej łącznego wynagrodzenia, nie mogą być uważane za samodzielne przesłanki decydujące o kompleksowości danej czynności dla celów podatkowych. Ponadto dla analizy rozpatrywanego zagadnienia pomocna jest opinia Rzecznik Generalnej TSUE Juliane Kokott przedstawiona w dniu 22 października 2020 r. do sprawy C-581/19 (którą TSUE podzielił w wyroku C-581/19). W opinii

tej, w oparciu o dotychczasowy dorobek orzecznictwa TSUE (w tym m.in. sprawy C-231/19, C-71/18, C-463/16, C-572/07, C-41/04), sumarycznie ujęto kryteria, w świetle których należy oceniać zespoły świadczeń i czynności. Podsumowując uwagi zawarte w tej opinii należy stwierdzić, że: 1) zasadniczo każdą dostawę lub usługę należy traktować jako niezależne świadczenie. Oznacza to, że każde pojedyncze świadczenie należy poddać odrębnej ocenie dla celów VAT; 2) jeżeli kilka świadczeń jest wykonywanych na podstawie jednej umowy, nie podważa to niezależności tych świadczeń do celów opodatkowania VAT; 3) istnieje bardzo niewiele wyjątków, w których można odstąpić od w/w zasady niezależności; 4) TSUE ustalił odstępstwa od zasady niezależności świadczenia. Odstępstwa te dotyczą świadczeń złożonych, niesamodzielných świadczeń o charakterze pomocniczym oraz świadczeń ściśle związanych ze świadczeniem głównym; 5) w opinii wskazano ponadto, że *„jeżeli zespół świadczeń i czynności ustala cenę łączną, w świetle orzecznictwa Trybunału jest to również wskazówka świadcząca o istnieniu jednego świadczenia złożonego. Odwrotnie natomiast: uzgodnienie odrębnych cen za poszczególne elementy świadczenia również jest wskazówką przemawiającą za istnieniem kilku niezależnych świadczeń”*.

Ocena usług wchodzących w zakres zadania obejmującego usuwanie dzikich wysypisk odpadów z punktu widzenia kryteriów przewidzianych dla usługi kompleksowej

Zdanie Odwołującego bezspornym jest, że usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych (pkt 3.1 formularza ofertowego) ma charakter świadczenia kompleksowego (nie można przetworzyć odpadów bez ich wcześniejszego przetransportowania do właściwej instalacji, nie można odebrać odpadów od mieszkańców bez wcześniejszego rozstawienia pojemników i worków, itd. samo rozstawienie pojemników bez ich późniejszego odbioru byłoby bezcelowe, itd.). Dla tej usługi Zamawiający przewidział jedną cenę. Zupełnie inaczej wygląda sytuacja w przypadku usługi wskazanej w punkcie 3.2 formularza ofertowego „Zebranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych usuniętych z miejsc nieprzeznaczonych do ich składowania”. Zamawiający podzielił tę usługę na cztery części (c1-c4), co do których wykonawcy mieli podać odrębne ceny jednostkowe brutto. Już samo to, w szczególności w świetle orzeczenia TSUE C-581/19, w oczywisty sposób wskazuje na to, że świadczenia wchodzące w zakres tej usługi nie mają charakteru świadczenia kompleksowego. Powyższe stanowisko wynika z okoliczności sprawy, w tym opisu przedmiotu zamówienia.

Za tym, że świadczenia c1-c4 nie stanowią usługi kompleksowej, przemawia w szczególności cel i przedmiot realizacji tych świadczeń oraz sposób uregulowania wynagrodzenia za ich wykonanie. Pozycja c1 obejmuje zebranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych usuniętych z miejsc nieprzeznaczonych do ich składowania (w ramach tzw. likwidacji nielegalnych wysypisk odpadów). Jest usługa analogiczna

do usługi z pkt 3.1. formularza ofertowego, gdzie bezspornie prawidłowa stawka podatku VAT to 8%. Z kolei pozostałych świadczeń wymienionych w pozycjach c2, c3 i c4 nie można uznać za pomocnicze w stosunku do usługi wskazanej w pozycji c1. W skład świadczenia z punktu 3.2 formularza ofertowego wchodzi usługi, które nie służą wyłącznie wykonaniu czynności głównej, lecz mogą również mieć charakter samoistny. Ustawienie tablicy informacyjnej o zakazie wysypywania śmieci, bariery zabezpieczającej przed wjazdem osób postronnych oraz słupka zabezpieczającego przed wjazdem osób postronnych nie jest w żaden bezpośredni sposób związane z usuwaniem dzikich wysypisk. Nie są to czynności immamentnie powiązane z usunięciem odpadów.

Ustawienie tablic, barier lub słupków to samodzielne czynności, które Zamawiający mógłby potencjalnie zlecić innemu podmiotowi w różnym czasie i miejscu, w ramach osobnej umowy. Do wykonania tych czynności nie używa się spersonalizowanych narzędzi dedykowanych tylko takim działaniom. Na tych elementach nie ma oznaczenia ani wykonawcy, ani zamawiającego, ani gminy. Bariery i słupek mogą być ustawione w dowolnym miejscu z zakazem wjazdu, nie muszą uniemożliwiać tylko nielegalnego wysypywania odpadów. Ustawienie tych elementów lub brak takiego działania w żaden sposób nie wpływa na wykonanie świadczenia polegającego na usunięciu dzikich wysypisk (pozycja c1). Miejsca ustawienia w/w elementów mogą być zupełnie inne niż te, z których usuwane będą odpady wskazane w pozycji c1 Tabeli 3.2.1. formularza ofertowego, co Zamawiający potwierdził w odpowiedziach na pytania zadane przez Wykonawców w piśmie z dnia 17 lutego 2023 r. (odpowiedź na pytanie nr 4 i 5). Zamawiający wskazał, że tablice informacyjne opisane w punkcie XII.2 Opisu przedmiotu zamówienia będą ustawione na terenie Miasta Ruda Śląska w miejscach, w których Zamawiający uzna, że jest duże prawdopodobieństwo ponownego powstania nielegalnych „dzikich” wysypisk odpadów komunalnych. Podobnie w przypadku barier i słupków: *„Zamawiający wyjaśnia, że bariery betonowe i słupy wskazane w punkcie XII.3 i XII.4 Opisu przedmiotu zamówienia będą ustawione na terenie Miasta Ruda Śląska w miejscach, w których Zamawiający uzna, że jest duże prawdopodobieństwo ponownego powstania nielegalnych „dzikich” wysypisk odpadów”*. Odpowiedzi Zamawiającego wskazują, że tablice, słupy i bariery mogą być ustawiane także w miejscach, w których w przeszłości powstawały „dzikie wysypiska”, ale niekoniecznie te, które Wykonawca usunął w ramach wykonania przedmiotowego zamówienia. Zatem każdą z usług wskazanych w pozycji c1, c2, c3, c4 Tabeli 3.2.1 można wykonać samodzielnie, mają one charakter samoistny. Nie można mówić, by czynności z pozycji c2, c3 i c4 były czynnościami pomocniczymi, bez których nie można było wykonać czynności głównej (c1 – usunięcia dzikich wysypisk). Wobec tego w tym przypadku nie było i nie ma podstaw do traktowania tych usług jako świadczenia kompleksowego. Dlatego też dla usługi

wskazanej w pozycji c1 należało podać 8% stawkę podatku VAT, natomiast dla usług wskazanych w pozycji c2, c3, c4 Tabeli 3.2.1. 23% stawkę podatku VAT. Oferty złożone przez PreZero i Konsorcjum zawierają błędnie podane stawki VAT w tych pozycjach, wobec czego podlegały odrzuceniu.

OPZ (załącznik nr 2 do SWZ) postanowienia OPZ wcale nie świadczą o tym, że Zmawiający traktuje usługę usuwania dzikich wysypisk (zebranie i wywóz odpadów z miejsc nieprzeznaczonych do składowania i magazynowania – c1) jako ściśle powiązaną z usługą ustawienia tablic, słupków i barier (innymi słowy, zlecenie ustawienia tych elementów nie zawsze jest powiązane ze wcześniejszym usunięciem przez wykonawcę odpadów z nielegalnych miejsc). Zgodnie z pkt XII.1 OPZ w ramach usuwania odpadów z miejsc nieprzeznaczonych do ich składowania będą realizowane następujące czynności:

- a. zebranie zalegających wszelkiego rodzaju odpadów ręcznie lub mechanicznie,
- b. wywiezienie zebranych odpadów do miejsca odzysku lub unieszkodliwiania.

Powyższe świadczenie odpowiada świadczeniu wyszczególnionemu w pozycji c1 Tabeli 3.2.1 formularza ofertowego. Niezależnie od tego przewidziano trzy inne zadania w osobnych punktach OPZ, czyli:

- ustawienie 2 tablic informacyjnych o "zakazie wysypywania śmieci" (XII.2 OPZ),
- ustawienie 2 barier betonowych, drogowych, zabezpieczających przed wjazdem osób postronnych (XII.3 OPZ) oraz
- ustawienie słupka zabezpieczającego przed wjazdem osób postronnych (XII.4 OPZ).

Te świadczenia odpowiadają świadczeniom wyszczególnionym w pozycjach c2-c4. Z opisu zawartego w OPZ wcale nie wynika, by ustawienie w/w elementów musiało nastąpić po zlikwidowaniu dzikiego wysypiska. Poza tym dzikich wysypisk może być kilka, kilkanaście (w ramach przewidzianego limitu 200 Mg odpadów), a OPZ przewiduje ustawienie tylko 2 tablic, 2 barier i jednego słupka. Powyższą niezależność świadczeń potwierdza także odpowiedź udzielona przez Zamawiającego, cytowana powyżej. W analizowanym zakresie (chodzi o zadanie dotyczące dzikich wysypisk odpadów – punkt 3.2 formularza ofertowego), celem jest zebranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych usuniętych z dzikiego wysypiska. Dla jego osiągnięcia konieczne jest wyłącznie wykonanie czynności opisanych w pkt XII.1 OPZ, tj. zebranie zalegających odpadów ręcznie lub mechanicznie oraz wywiezienie zebranych odpadów do miejsca odzysku lub unieszkodliwiania. Dla osiągnięcia tego celu nie jest konieczne ustawienie tablic, barier i słupków. Aby zaś móc wskazać, że dane świadczenie jest świadczeniem złożonym (kompleksowym), powinno składać się ono z różnych czynności, których realizacja prowadzi jednak do jednego celu głównego. Tutaj aspekt ten nie występuje.

W ocenie Odwołującego zapisy zawarte w dokumentach związanych z zamówieniem świadczą o tym, że usługa w postaci ustawienia tablic, barier i słupków nie pozostaje

w bezpośrednim związku z usuwaniem odpadów z miejsc nieprzeznaczonych do ich składowania. W istocie usługa ta polega na wykonywaniu czynności związanych z zagospodarowaniem terenu, jego zabezpieczeniem przed ewentualną możliwością powstania nielegalnego składowiska odpadów, realizacją działań informacyjnych zwiększających świadomość ludności w przedmiocie prawidłowej gospodarki odpadami i ochrony środowiska.

Odwołujący wskazał wyrok WSA w Gliwicach z dnia 22 listopada 2022 r. sygn. akt I SA/GI 689/22). Pomiedzy zebraniem odpadów a postawieniem tablic informacyjnych, barier i słupków zabezpieczających nie występuje integralność pod względem ekonomicznym. Wręcz przeciwnie, wykonanie jednego świadczenia jest w pełni możliwe bez realizacji drugiego z nich. Można wyobrazić sobie sytuację, w której przedmiotem zamówienia byłoby wyłącznie usuwanie odpadów z miejsc nieprzeznaczonych do ich składowania, a ustawienie tablic, barier i słupków stanowiłoby przedmiot odrębnego zamówienia. W doktrynie podkreśla się również, że *„decydujące znaczenie będzie miało to, czy nabywca zamierza nabyć świadczenie kompleksowe, czy dwie niezależne usługi”* (A. Bartosiewicz [w:] VAT. Komentarz, wyd. XVI, Warszawa 2022, art. 5). A. Bartosiewicz podkreśla, że oceniając efekt świadczenia należy wziąć pod uwagę, czy dane świadczenie *„zaspokaja jedną potrzebę konsumenta, czy też mamy do czynienia z przypadkiem, w którym w tym samym czasie konsument otrzymuje kilka świadczeń od tego samego podmiotu, lecz zaspokajających jego różne potrzeby”*. Świadczenia należy uznać za *„niezależne i stanowiące odrębne przedmioty opodatkowania (a nie za świadczenia pozostające ze sobą w nierozzerwalnym związku) wówczas, gdy każde z tych świadczeń – jeśli w takich samych okolicznościach było dostarczane odrębnie – miałyby taką samą jakość i charakter dla nabywcy”* (A. Bartosiewicz [w:] VAT. Komentarz, wyd. XVI, Warszawa 2022, art. 5). Kryterium to nazywa się kryterium niepogorszonej jakości świadczeń częściowych. O złożoności świadczenia można mówić np. wtedy, gdy jedno ze świadczeń stanowiących element świadczenia złożonego nie będzie miało dla nabywcy żadnej wartości, jeżeli nabędzie je oddzielnie (wyrok TSUE z dnia 2 grudnia 2010 r., sygn. C-276/09). W przedmiotowej sprawie nie zachodzą kryteria pozwalające na uznanie rozpatrywanego świadczenia za świadczenie złożone, ponieważ elementy składowe tego świadczenia nie są ze sobą nierozzerwalnie związane i nie tworzą jednej całości, w szczególności natomiast: z punktu widzenia nabywcy, nabywa on dwie osobne, niezależne od siebie usługi – usługi polegające na wywozie odpadów oraz usługi polegające na wystawieniu tablic informacyjnych, barier i słupków zabezpieczających – są one od siebie niezależne; nie jest spełnione kryterium niepogorszonej jakości świadczeń częściowych, ponieważ w przypadku odrębnego dostarczenia omawianych świadczeń, każde z nich miałyby dla nabywcy taką samą jakość i charakter; nie można stwierdzić,

by jedno z omawianych świadczeń nie miało dla nabywcy żadnej wartości, gdyby nabył je osobno od drugiego.

Odwołujący zwrócił uwagę na sposób skonstruowania umowy (projekt umowy – załącznik nr 3 do SWZ). Regulacje dotyczące wynagrodzenia są bowiem kolejną okolicznością świadczącą o odrębności elementów zamówienia w postaci usługi zebrania i zagospodarowania odpadów z nielegalnych wysypisk oraz usługi obejmującej ustawienie tablic, barier i słupków. W § 7 projektu umowy przewidziano odrębne wynagrodzenie przysługujące wykonawcy z tytułu realizacji poszczególnych elementów zamówienia, tj. jednostkowe (odrębne) wynagrodzenia za:

- 1) odebranie 1 Mg odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i zebranych w Gminnym Punkcie Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych wraz z ich zagospodarowaniem,
- 2) zebranie i zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych usuniętych z miejsc nieprzeznaczonych do ich składowania (w ramach tzw. likwidacji nielegalnych wysypisk odpadów),
- 3) ustawienie 1 tablicy informacyjnej o „zakazie wysypywania śmieci”,
- 4) ustawienie 1 bariery betonowej, drogowej,
- 5) ustawienie 1 słupka z tworzywa sztucznego lub metalowego (ocynkowanego lub pomalowanego) ze stopą fundamentową.

Co istotne, przy każdym z elementów wynagrodzenia przewidziano osobną pozycję na wskazanie wysokości podatku VAT, co przemawia za tym, że poszczególne elementy zamówienia mogą być traktowane jako usługi, dla których stawki opodatkowania VAT różnią się. W wyroku TSUE w sprawie C-224/111 stwierdzono, że oddzielne fakturowanie, jak również odrębna taryfikacja świadczeń nie przybierają rozstrzygającego znaczenia, to jednak przyjęcie takiego sposobu rozliczenia przemawia za istnieniem niezależnych świadczeń. Analogiczne stanowisko TSUE przedstawił w sprawie C-349/96. W wyroku tym Trybunał zauważył, że dla ustalenia, czy mamy do czynienia z jednolitą usługą, czy też z różnymi usługami, fakt ustalenia jednej ceny za świadczenie (świadczenia) nie ma znaczenia decydującego, może jednak sugerować, że w rzeczywistości mamy do czynienia z jednolitą usługą. Powyższe potwierdza NSA w wyroku z dnia 20 grudnia 2010 r. (I FSK 2091/09), w którym odnosząc się do kwestii kompleksowości usług.

Wykonanie świadczenia w postaci ustawienia tablicy informacyjnej, bariery i słupka stanowi usługę opodatkowaną VAT według stawki 23%. Niezasadnym jest bowiem traktowanie tej usługi jako stanowiącej część świadczenia kompleksowego, którego głównym elementem jest zebranie i wywiezienie odpadów z nielegalnych wysypisk. Nie można w ocenie Odwołującego zgodzić się z uznaniem za analogiczną do naszego przypadku sprawy, która

dotyczyła uznania akcji edukacyjnej (rozprowadzania ulotek) za świadczenie pomocnicze i nierozdzielnie związane ze świadczeniem głównym, którym był odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych. Na tą sprawę powołało się PreZero w wyjaśnieniach złożonych w piśmie z dnia 10 marca 2023 r. (Wiążąca Interpretacja Stawkowa wydana przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej w piśmie z dnia 18 czerwca 2021 r. nr o112-KDSL2-2.-450.696.2020,7.AS). W przypadku akcji edukacyjnej świadczenie to jest stworzone wyłącznie pod kątem określonego zamówienia – dotyczy usług świadczonych w ramach konkretnego zamówienia, przez danego wykonawcę, na rzecz konkretnego zamawiającego. Przygotowany w ten sposób materiał jest przydatny wyłącznie w tej konkretnej gminie z udziałem danego wykonawcy. Inaczej ma się rzecz w przypadku tablic, słupków i barier ustawianych w miejscu, gdzie w przeszłości powstało lub może powstać dzikie wysypisko odpadów. Elementy te nie są identyfikowane tylko z danym konkretnym zamówieniem, nie są stworzone pod jeden konkretny cel (zamówienie), można je nabyć u różnych podmiotów i wykorzystywać w różnych miejscach, przenosić z jednego miejsca w inne, nie tylko w obrębie danej gminy (zamawiającego), można je również odsprzedać innym podmiotom. Jest to zatem świadczenie o zupełnie innym charakterze, niż akcja edukacyjna dedykowana konkretnemu zamówieniu na odbiór i zagospodarowanie odpadów.

Nie jest również prawdą, na co znowu powołało się PreZero w swoich wyjaśnieniach z 10 marca 2023 r., że postawienie tablic, słupków i barier to czynności, które dotyczą tylko i wyłącznie usług świadczonych w ramach przedmiotowego zamówienia i są/mogą być realizowane tylko przez podmiot wykonujący to zamówienie. Jak wskazywano wcześniej, elementy te mogą być ustawiane w miejscu wskazanym przez Zamawiającego, gdzie w przeszłości powstawały dzikie wysypiska odpadów, które mogły być usunięte przez zupełnie inny podmiot, niż aktualnego wykonawcę zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów, albo w miejscu, gdzie Zamawiający przewiduje powstanie takiego wysypiska i chce temu zapobiec, skąd jednocześnie wykonawca zamówienia nie usuwał żadnych odpadów. Postawienie tych elementów mogłoby także odbywać się w ramach osobnej umowy wykonywanej przez zupełnie inny podmiot wyłoniony w innym postępowaniu. Umowa na jaką powołuje się PreZero w celu wykazania zasadności zastosowanej przez siebie stawki VAT (umowa nr KK.272.27.2013 z 2013 r. zawarta pomiędzy Miastem Ruda Śląska a Przedsiębiorstwem Usług Komunalnych Sp. z o. o.) została zawarta z naruszeniem ustawy VAT, ponieważ niezasadnie (z tym samych przyczyn, które opisywane są w niniejszym odwołaniu) zastosowano w niej jednolitą stawkę VAT dla wszystkich usług objętych tą umową. W tamtym okresie nikt nie podważył podania w ofercie i umowie niewłaściwej stawki VAT dla świadczeń związanych z ustawianiem zabezpieczeń (barier, słupków i tablic informacyjnych), występujących obok świadczenia

polegającego na zebraniu i wywiezieniu nielegalnie składowanych odpadów. Jednak fakt, że w przeszłości zawarto umowę o takiej a nie innej treści, oraz że nikt nie zakwestionował jej prawidłowości, nie legalizuje jej postanowień, czyli nie przesądza o tym, że była ona zgodna z prawem. Powołuje wyrok Izby z dnia 14 stycznia 2013 r. sygn. akt KIO 2870/12, wyrok Izby z dnia 19 kwietnia 2016 r. sygn. akt KIO 503/16 – odwołujący podał, że w powyższym wyroku Izba nie uwzględniła argumentów odwołującego, że wartość rzekomych świadczeń towarzyszących (pomocniczych) stanowiła niespełna 0,3 % wartości oferty złożonej przez odwołującego, jak również tego, że zamawiający na formularzu oferty rzekomo sam zasugerował przyjęcie jednolitej stawki podatku VAT dla wszystkich świadczeń, poprzez pozostawienie tylko jednego pola do wypełnienia, czy kwota rodzić będzie po stronie Zamawiającego powstanie obowiązku podatkowego (co podniósł również PreZero w swoich wyjaśnieniach). Kwestie te nie miały wpływu na dokonaną przez Izba ocenę, iż w tym zamówieniu nie było mowy o usłudze kompleksowej. Podobne argumenty wysunęło PreZero w wyjaśnieniach przesłanych do Zamawiającego, odnoszących się do zastosowanej stawki VAT. Wskazało, że na formularzu ofertowym w tabeli 3.2.1. nie było możliwości podania kilku stawek VAT, ponieważ w tabeli pozostawiono tylko jedno miejsce na podanie stawki VAT (pierwszy wiersz tabeli, kolumna 4). Nie można zgodzić się z takim argumentem, ponieważ w każdej pozycji tabeli (c1-c4) była możliwość podania ceny brutto i w nawiasie zastosowanej stawki VAT do obliczenia tej ceny – tak jak na swoim formularzu ofertowym zrobił to Odwołujący. Pierwszy wiersz tabeli 3.2.1. (kolumna 4) można było odczytywać w taki sposób, iż w dalszych wierszach tej tabeli (dot. pozycji c1-c4) należało za każdym razem podać cenę brutto plus wskazać zastosowaną stawkę podatku VAT. Taka konstrukcja tabeli wcale nie wskazuje, że stawka VAT miała być jednolita dla każdej pozycji tabeli. Jest to nadinterpretacja dokonana przez PreZero na potrzeby wyjaśnień składanych odnośnie do zastosowanej stawki VAT w tabeli 3.2.1. formularza ofertowego. W analizowanym zakresie nie można kierować się rzekomymi intencjami Zamawiającego. Nawet gdyby takie miał, to jeśli są one sprzeczne w prawem (w naszym przypadku z ustawą VAT) nie zasługują na uwzględnienie.

Reasumując, usługi c2-c4 stanowią usługi samoistne i niezależne, czyli nie mają charakteru pomocniczego w stosunku do odbioru i zagospodarowania odpadów, w tym odpadów zgromadzonych i usuwanych w ramach tzw. dzikich wysypisk. Realizacja tych usług stanowi cel sam w sobie, tj. informowanie o zakazie gromadzenia odpadów w danym miejscu, uniemożliwienie wejścia na dany teren. Jest to cel odrębny od głównego celu zamówienia, jakim jest odbiór i zagospodarowanie zalegających już odpadów. Wykonanie tych czynności nie prowadzi do realizacji głównego celu zamówienia i ma w stosunku do niego charakter odrębny. Trudno bowiem uznać, że wzajemne powiązanie w/w usług jest tak ścisłe,

że tworzą obiektywnie jedną usługę w aspekcie gospodarczym, zaś ich rozdzielenie miałyby charakter sztuczny.

Odwołujący niezwłocznie po wezwaniu przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczących zastosowanej stawki podatku VAT w pkt 3.2 formularza ofertowego, wystąpił do Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej o wydanie Wiążącej Informacji Stawkowej, która dotyczyć ma sytuacji zaistniałej w analizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Spółka wniosła o potwierdzenie przez Dyrektora KIS, że jej interpretacja i działanie jest prawidłowe, a mianowicie, że usługi wskazane na formularzu ofertowym w Tabeli 3.2.1 pozycja c1-c4 mają charakter niezależny, uzasadniający zastosowanie odrębnych stawek VAT, tj. dla świadczenia z pozycji c1 – 8%, a dla świadczeń z pozycji c2, c3 i c4 – stawki podstawowej 23%, oraz że nieprawidłowym jest twierdzenie, że świadczenia te mają charakter świadczenia kompleksowego, dla którego należy zastosować jednolitą stawkę podatku VAT 8%. Wnioski w tym przedmiocie (złożono trzy osobne wnioski dotyczące każdej pozycji c2, c3 i c4) zostały wysłane w dniu 17 marca 2023 r. (odebrane 20 marca 2023 r.). Do dnia wniesienia niniejszego odwołania nie zapadało rozstrzygnięcie w tej sprawie. Odwołujący podał, że uzasadnionym jest zachowanie spójności pomiędzy rozstrzygnięciem organu podatkowego a orzeczeniem Izby.

Dowód: wniosek o wydanie WIS z dnia 17.03.2023 r. wraz z załącznikami – dotyczy usługi z poz. c2 Tabeli 3.2.1 formularza ofertowego

Dowód: wniosek o wydanie WIS z dnia 17.03.2023 r. wraz z załącznikami – dotyczy usługi z poz. c3 Tabeli 3.2.1 formularza ofertowego

Dowód: wniosek o wydanie WIS z dnia 17.03.2023 r. wraz z załącznikami – dotyczy usługi z poz. c4 Tabeli 3.2.1 formularza ofertowego

Dowód: potwierdzenie odbioru wniosków dot. WIS (3 szt.) z dnia 20 marca 2023 r.

Błędna stawka podatku VAT a odrzucenie oferty

Zgodnie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp błąd w obliczeniu ceny w ofercie jest podstawą do odrzucenia tej oferty. Zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, który obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty, pod warunkiem, że zamawiający nie określił w SWZ stawki podatku VAT właściwej dla przedmiotu zamówienia, zostawiając wykonawcom określenie jej wysokości (tak jak w naszej sprawie). W postępowaniu Zamawiający ocenia oferty biorąc pod uwagę cenę brutto, a nie cenę netto. Wymaga również zaznaczenia, że obowiązek weryfikacji zastosowanej przez wykonawców stawki podatku VAT w złożonych ofertach spoczywa na zamawiającym, który obowiązany jest prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Powyższe stanowisko przedstawiono

w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. (III CZP 52/11 oraz III CZP 53/11). W obu orzeczeniach Sąd Najwyższy odniósł się do zastosowania w ofercie niewłaściwej stawki VAT. Sąd stwierdził, iż wskazanie w ofercie przez wykonawcę niższej, niż wynikająca z obowiązujących przepisów stawki podatku VAT i w efekcie uzyskanie niższej ceny brutto, może doprowadzić do wyboru oferty takiego wykonawcy, jako oferty najkorzystniejszej. Nie budzi wątpliwości, że w takiej sytuacji doszłoby do naruszenia obowiązku przestrzegania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jednocześnie dla dokonania oceny, czy dochodzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, niezbędne jest stosowanie kryteriów zobiektywizowanych i nie jest możliwa każdorazowo ocena wpływu wadliwej stawki podatku na warunki konkurencji w postępowaniu o zamówienie publiczne. Ponadto Sąd Najwyższy wskazał, iż w przypadku braku określenia przez zamawiającego stawki VAT w SWZ, obowiązek zamawiającego musi ograniczyć się wyłącznie do oceny prawidłowości przyjętej w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT. Posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny i to bez względu na skalę czy matematyczny wymiar stwierzonego uchybienia. Wskazał wyrok Izby z dnia 15 października 2019 r. sygn. akt KIO 1966/19 - z wyroku tego wynika, że każdy błąd w zakresie wskazania stawki VAT skutkować winien odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp (dawny art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp), niezależnie od tego, czy błąd ten wpływa lub nie wpływa na ranking ofert. W świetle art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy o cenach podatek VAT jest składnikiem ceny stanowiącym element cenotwórczy, co już na etapie składania ofert nakłada na wykonawców obowiązek obliczenia ceny określonej w ofercie z uwzględnieniem właściwej stawki podatku VAT. W przypadku, gdy Zamawiający nie określił w SWZ stawki podatku VAT (tak jak w naszym postępowaniu), w sytuacji gdy stawka VAT zostanie błędnie wskazana przez wykonawcę w ofercie w rachubę wchodzi wyłącznie ocena, iż doszło do wystąpienia błędu w obliczeniu w ceny. Zamawiający w takim przypadku ogranicza się wyłącznie do oceny prawidłowości przyjętej w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT, bez względu na wpływ tego błędu na wynik postępowania. Nie ma również znaczenia, czy przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku VAT było zachowaniem świadomie zamierzonym przez wykonawcę czy też rezultatem błędnej interpretacji przepisów podatkowych (por. wyrok z dnia 15 października 2019 r. sygn. akt KIO 1966/19). Ustawowy obowiązek odrzucenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny zakłada wolę ustawodawcy zapewnienia stanu porównywalności ofert, z uwzględnieniem reguł uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Realizację tego słusznego założenia ustawodawcy zaburza dokonywanie oceny ofert, w których ceny za wykonanie tej samej usługi byłyby skalkulowane z uwzględnieniem różnych stawek podatku VAT. Jak wskazała

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 stycznia 2014 r. sygn. akt KIO 134/14 oferty, dla których w tych samych okolicznościach faktycznych i prawnych zastosowano różne stawki podatku VAT, są nieporównywalne. Stąd ustalenie prawidłowej stawki podatku VAT jest istotne dla zachowania zasady równego traktowania wykonawców (tak też uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., IIICZP 52/1 i III CZP 53/11).

Zamawiający badając oferty ma zatem obowiązek badać wysokość zastosowanej przez wykonawców stawki VAT. Aby oferty złożone w postępowaniu mogły być porównywalne, ceny ofertowe muszą być obliczone z zastosowaniem tych samych reguł, w tym z zastosowaniem tych samych stawek VAT, które są istotnym elementem kalkulacji ceny oferty. W przypadku podania w ofercie błędnej stawki podatku VAT, oferta ta podlega odrzuceniu, bez względu na to, jak dużej części zamówienia dotyczył ten błąd, jaki miał wymiar matematyczny oraz czy znalazł by odzwierciedlenie w ostatecznym rankingu ofert.

Sygn. akt KIO 1008/23

11 kwietnia 2023 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Remondis Górny Śląsk spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej, Remondis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Remondis MPGO Sosnowiec spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu (dalej: Odwołujący lub „Remondis”) działając na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa” lub „Pzp”), wnieśli odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, a polegających na:

- wyborze najkorzystniejszej oferty – PreZero Service Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej,
 - zaniechanie odrzucenia z postępowania oferty PreZero Service Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, podczas gdy wykonawca ten złożył ofertę nieodpowiadającą Ogłoszeniu i Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ),
- a ponadto: – zaniechanie odrzucenia z postępowania oferty PreZero Service Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej lub co najmniej zaniechanie wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień, pomimo braku wykazania, że spełnia warunek ekonomiczny udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy przez jego niezastosowanie i uznanie, że złożona przez PreZero Service Południe Sp. z o.o. oferta jest zgodna z warunkami zamówienia, podczas gdy w przedmiotowych ofertach wykonawca ten wskazał w formularzu ofertowym, iż zamierza przekazywać odpady do miejsc innych niż instalacje służące

przetwarzaniu odpadów, podczas gdy Zamawiający wymagał, aby odpady były wyłącznie przekazywane do instalacji, co wynika z treści Rozdziału IV SWZ, pkt II.2.4) ppkt 4 Ogłoszenia i pkt 5 treści załącznika nr 1 do SWZ (formularza ofertowego),

a ponadto (zarzut ewentualny):

- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 128 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 16 ustawy przez ich niezastosowanie i uznanie, że PreZero Service Południe Sp. z o.o. spełnia warunki udziału w postępowaniu, w tym warunki ekonomiczne, podczas gdy z dokumentu przedłożonego przez ten podmiot nie wynika, iż wskazane środki należą do niego, a tym samym nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co powinno prowadzić do odrzucenia złożonej jego oferty, względnie co najmniej do wezwania do złożenia przez niego wyjaśnień w tym przedmiocie,
- 3) art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 17 ust. 2 i 3 ustawy przez zaniechanie zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz prowadzenie postępowania wbrew zasadzie przejrzystości i obiektywizmu, polegające na podejmowaniu przez Zamawiającego sprzecznych w stosunku do dokumentacji Postępowania czynności, tj. uznanie, że oferta PreZero Service Południe Sp. z o.o. jest zgodna z tą dokumentacją i że PreZero Service Południe Sp. z o.o. spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania,
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 31 marca 2023 r. polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty PreZero Service Południe Sp. z o.o.,
4. nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu i nakazanie odrzucenia ofert PreZero Service Południe Sp. z o.o.,
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący podał, że posiada interes w wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż sprzeczne z ustawą czynności Zamawiającego wpłynęły na wybór oferty PreZero Service Południe Sp. z o.o. zamówienia jako najkorzystniejszej. W konsekwencji powyższego Odwołujący pozbawiony został możliwości uzyskania zamówienia, które jest

przedmiotem Postępowania, albowiem prawidłowe czynności Zamawiającego doprowadziłyby do udzielenia mu zamówienia z uwagi na warunki przedstawione przez Odwołującego w ofercie, które zgodnie z SWZ Zamawiającego uzyskałyby najwyższą liczbę punktów w stosunku do pozostałych ofert złożonych w Postępowaniu, gdyby oferta PreZero Service Południe Sp. z o.o. nie została bezzasadnie uwzględniona w przydzielonej przez Zamawiającego punktacji. Nie ulega wątpliwości, iż w ten sposób Odwołujący ponosi szkodę, gdyż nie uzyska przedmiotowego zamówienia. Konsekwentnie zatem spełnione zostały przesłanki uprawniające Odwołującego do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Odwołujący jest zatem uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, ponieważ spełnione zostały przesłanki określone w art. 505 ust. 1 ustawy.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Oprócz oferty Odwołującego, przed terminem otwarcia ofert wpłynęły jeszcze trzy oferty:

- BM Recycling Sp. z o.o., - Konsorcjum Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. i Eneris Surowce S.A., - PreZero Service Południe Sp. z o.o. (Dowód: - informacja z otwarcia ofert z dnia 27 lutego 2023 r.)

Zamawiający zastosował w toku postępowania tzw. procedurę odwróconą, w wyniku której nie wezwał jednak podmiotu, którego oferta została sklasyfikowana na pierwszym miejscu, do wyjaśnienia treści oferty w odniesieniu do instalacji, do których zamierza przekazać odpady do zagospodarowania, jak i co do jego zdolności finansowej. (Dowód: - dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (w posiadaniu Zamawiającego).

W wyniku dokonanej oceny ofert, Zamawiający: - odrzucił ofertę konsorcjum Eneris z uwagi na brak posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości prowadzonego przez Prezydenta Miasta Ruda Śląska, - wybrał ofertę PreZero Service Południe Sp. z o.o. jako najkorzystniejszą, przyznając jej 100 punktów, - oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu, z łączną punktacją 96,11 punktów (Dowód: - zawiadomienie o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 31 marca 2023 r. (w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego)). Tymczasem, nie kwestionując odrzucenia oferty konsorcjum Eneris, w ocenie Odwołującego, oferta PreZero Service Południe Sp. z o.o. również winna podlegać odrzuceniu.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy

Zgodnie z treścią ww. przepisu, Zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest nie tylko odbiór odpadów, ale także ich zagospodarowanie. O ile definicja „gospodarowania” odpadów, zawarta w treści ustawy

o odpadach (dalej: u.o.) zawiera w sobie szereg procesów obejmujących postępowanie z odpadami i jest czynnością ciągłą obejmującą transport, zbieranie i przetwarzanie odpadów, o tyle definicji ustawowej „zagospodarowania” odpadów brak. Natomiast nie sposób nie dostrzec, że w tym przypadku chodzi o czynność dokonaną, a zatem taką, której wykonywanie się zakończyło. W tej sytuacji o zagospodarowaniu odpadów można mówić wówczas, gdy odpady danej frakcji zostały przetworzone – przygotowane do ponownego użycia, poddane jednemu z procesów odzysku, w tym recyklingu, albo unieszkodliwianiu. W takim przypadku nie sposób uznać, że przez „zagospodarowanie” odpadów należy rozumieć także zbieranie, magazynowanie odpadów. W takim bowiem przypadku odpady te nadal istnieją, tylko zmieniono miejsce ich gromadzenia (z nieruchomości położonych na terenie Miasta Ruda Śląska do miejsca ich zbierania).

W tej sytuacji, przez użyte w pkt II.2.4 Ogłoszenia ppkt 4 Pojęcie zagospodarowania odebranych odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu miasta Ruda Śląska należy rozumieć poddaniu ich przygotowaniu do ponownego użycia, odzyskowi (w tym recyklingowi) albo unieszkodliwianiu).

W treści Rozdziału IV pkt 3 SWZ Zamawiający wskazał, że *„Odbiór i zagospodarowanie odpadów są to usługi powiązane ze sobą. Przedsiębiorca odbierający odpady komunalne wskazuje w ofercie do jakich instalacji będzie przekazywał odpady (z którymi ma lub będzie miał podpisane umowy). Przeprowadzenie odrębnych postępowań na odbiór odpadów oraz ich zagospodarowanie nie gwarantuje obniżenia kosztów łącznych powyższych postępowań, ponieważ potencjalny Wykonawca zawierając umowy wieloletnie z instalacjami zajmującymi się zagospodarowaniem odpadów ma większą możliwość wynegocjowania korzystniejszej ceny niż miasto indywidualnie. Ponadto należy podkreślić, że Miasto Ruda Śląska nie posiada własnej instalacji do przetwarzania odpadów, której mogłoby powierzyć zagospodarowanie odpadów komunalnych. W związku z powyższym zasadne jest, aby potencjalny Wykonawca zajmował się odbiorem odpadów i ich zagospodarowaniem. Ważnym aspektem przemawiającym za niedokonaniem podziału zamówienia jest również obniżenie kosztów realizacji całego zamówienia oraz nadzór nad realizacją jednej kompleksowej umowy na wszystkie zadania, a nie koordynowanie działań kilku wykonawców (kilka zawartych umów), co znacznie usprawni nadzór nad realizacją zamówienia.”*

Powyższe wskazuje jednoznacznie na intencję Zamawiającego, aby odpady były przekazywane do instalacji zajmującej się zagospodarowaniem odpadów, przy czym wymiennie w tym przypadku używa pojęcia „zagospodarowania” i „przetwarzania”, a w ramach definicji przetwarzania odpadów znajdują się właśnie procesy odzysku i unieszkodliwiania odpadów, nie znajduje się natomiast proces zbierania odpadów.

Na to, jakie znaczenie ma zagospodarowanie i instalacje w przypadku Zamawiającego,

wskazuje także treść Analizy potrzeb i wymagań dla przedmiotowego zamówienia. Zgodnie z treścią zawartą w ad. 2 dla art. 83 ust. 3 wskazano, iż „Zamawiający nie przewiduje podziału zamówienia na części, ponieważ odbiór i zagospodarowanie odpadów są to usługi powiązane ze sobą. Przedsiębiorca odbierający odpady komunalne wykazuje w ofercie do jakich instalacji będzie przekazywał odpady (z którymi ma, lub będzie miał podpisane umowy). Przeprowadzenie odrębnych postępowań na odbiór odpadów i ich zagospodarowanie nie gwarantuje obniżenia kosztów, ponieważ potencjalny Wykonawca zawierając umowy wieloletnie z instalacjami zajmującymi się zagospodarowaniem odpadów ma większą możliwość wynegocjowania korzystniejszej ceny niż miasto indywidualnie. Należy również podkreślić, że miasto Ruda Śląska nie posiada własnej instalacji do przetwarzania odpadów, której mogłoby powierzyć zagospodarowanie odpadów komunalnych. Ważnym aspektem przemawiającym za nie dzieleniem zamówienia jest również obniżenie kosztów oraz nadzór nad realizacją jednej umowy kompleksowej na wszystkie zadania, a nie koordynowanie działań kilku wykonawców (kilka umów), co znacznie usprawni nadzór nad realizacją zamówienia.” (Dowód: - Analiza potrzeb i wymagań dla zamówienia pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Miasta Ruda Śląska”)

Zamawiający w treści wzoru formularza ofertowego (załącznik nr 1 do SWZ) wskazał jednoznacznie w pkt 5, iż wykonawcy biorący udział w postępowaniu są zobowiązani do przedstawienia rodzaju instalacji, pełnej nazwy i dokładnego adresu instalacji dla poszczególnych kodów odpadów. (Dowód: - załącznik nr 1 do SWZ (w aktach postępowania przetargowego).

Oferta złożona przez PreZero Service Południe Sp. z o.o. zawiera postanowienia niezgodne z SWZ, albowiem w odniesieniu do odpadów o kodach 17 04 01, 17 04 02, 17 04 03, 17 04 04, 17 04 05, 17 04 06, 17 04 07 oraz 17 04 11 wskazano wyłącznie punkty skupu odpadów, gdzie odpady podlegają zbieraniu, a nie zagospodarowaniu odpadów. Nie wskazano natomiast instalacji do przetworzenia odpadów (poz. 127 – 140, 143 i 144). W tym zakresie zatem oferta jest niezgodna z SWZ, bowiem wykonawca składający tą ofertę zamierza przekazać odpady tylko do ich zbierania, a nie do ich przetworzenia (zagospodarowania), a zatem wbrew postanowieniom dokumentacji przetargowej.

Dodatkowo natomiast w odniesieniu do odpadów o kodzie 15 01 04 oferta PreZero Service Południe Sp. z o.o. wskazuje na możliwość przekazywania tego odpadu do punktów skupu (poz. 92 i 93), a zatem do procesu zbierania odpadów, a nie zagospodarowania odpadów. Co prawda wskazane są również w odniesieniu do tego kodu instalacje do przetwarzania odpadów (poz. 90 i 91), ale jednak na skutek takiego brzmienia oferty nie można stwierdzić w sposób jednoznaczny, czy wykonawca przekaże – zgodnie z dokumentacją postępowania

- odpady do instalacji do przetwarzania odpadów, czy ostatecznie przekaże tylko do zbierania odpadów, a zatem wbrew postanowieniom dokumentacji przetargowej. (Dowód: - oferta PreZero Service Południe Sp. z o.o. (w aktach postępowania przetargowego)

Reasumując powyższe, mając na uwadze postanowienia pkt 3 Rozdziału IV SWZ, gdzie obok przekazania do instalacji Zamawiający położył nacisk na przetwarzanie odpadów, a w pozostałych częściach umowy na zagospodarowanie odpadów, a nie tylko gospodarowanie odpadami, gdzie do gospodarowania odpadami – zgodnie z ustawą o odpadach – należy zaliczyć szerszy zakres działań, który obejmuje zarówno magazynowanie odpadów, transport odpadów, jak i przetwarzanie odpadów, należy dojść w ten sposób do wniosku, że Zamawiający winien był odrzucić ofertę PreZero Service Południe Sp. z o.o.

Powyższe nie jest jednak jedynym elementem oferty, który jest niezgodny z treścią dokumentacji postępowania. W dokumentacji (formularzu ofertowym) Zamawiający wyraźnie wymagał wskazania instalacji, do których odpady będą przekazywane. W tym aspekcie Odwołujący wskazał, że kilkakrotnie PreZero Service Południe Sp. z o.o. wskazało na zagospodarowanie odpadów przez ich poddanie odzyskowi poza instalacjami (poz. 114, 117, 119). Już także z tej tylko przyczyny oferta PreZero Service Południe Sp. z o.o. winna podlegać odrzuceniu wobec tego, że wykonawca ten nie wskazał w treści oferty instalacji do których przekaże wskazane tam odpady o kodach 17 01 01, 17 01 02, ex 17 01 07. (Dowód: - oferta PreZero Service Południe Sp. z o.o. (w aktach postępowania przetargowego).

PreZero z Service Południe Sp. z o.o. złożyło ofertę, w której przewidział także odbiór i zagospodarowanie odpadów frakcji o kodzie ex17 01 07 (poz. 119) oraz 13 02 05* (poz. 152 i 153) których brak w treści formularza ofertowego ustalonego przez Zamawiającego, przez co doszło do nieuprawnionej zmiany formularza, wbrew woli Zamawiającego. Jest to zatem kolejna, niezależna przesłanka odrzucenia oferty Prezero Service Południe Sp. z o.o. (Dowód: - oferta o Service Południe Sp. z o.o. (w aktach postępowania przetargowego).

Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 128 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 16 ustawy

W rozdziale XIX ust. 3.3.1 SWZ, Zamawiający wskazał, że w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawca musi wykazać, iż posiada środki finansowe lub zdolność kredytową, w wysokości nie mniejszej niż 3 000 000 PLN.

Jak wynika z udostępnionych przez Zamawiającego załączników do protokołu postępowania, w dniu 14 marca 2023 r., Zamawiający działając na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy wezwał

PreZero Service Południe Sp. z o.o. do złożenia podmiotowych środków dowodowych w tym informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, PreZero Service Południe Sp. z o.o. przedstawiło Opinię bankową z dnia 13 lutego 2023 r. wydaną przez mBank S.A. z siedzibą w Warszawie, w której wskazano, że „*stan środków pieniężnych na w/w rachunku na koniec dnia 23-01-2023 przed usługą Cash pool: 3.382.697, 83 PLN*”. (Dowód: - opinia bankowa z dnia 13 lutego 2023 roku (w aktach postępowania przetargowego).

Cash pooling jest umową nienazwaną, dla której w polskim prawodawstwie brak jest szczegółowych unormowań. Polega on na konsolidacji rachunków bankowych podmiotów w ramach jednego rachunku, najczęściej nazywanego rachunkiem głównym. Na rachunku głównym, administrowanym przez tzw. pool leadera, czyli podmiot wyznaczony do zarządzania płynnością grupy, następuje konsolidacja zgłoszonych do wspólnego zarządzania rachunków bankowych poszczególnych spółek tworzących grupę kapitałową. Na rachunku głównym dochodzi do kompensacji sald debetowych i kredytowych i w rezultacie grupa jako całość zyskuje możliwość tańszego wewnętrznego finansowania. Jeśli jeden z członków grupy posiada nadwyżki gotówki na rachunku bankowym, a drugi zobowiązania kredytowe, to dzięki wykorzystaniu cash pooling można bez dodatkowych umów między podmiotami wyeliminować lub ograniczyć konieczność zewnętrznego finansowania drugiego podmiotu, udostępniając mu nadwyżki finansowe podmiotu pierwszego. Z punktu widzenia grupy kapitałowej, a także uczestnika cash pooling, zmniejszone zostaną koszty finansowe, gdyż potrzeby kredytowe drugiego podmiotu finansowane będą wewnętrznie. Korzyści wystąpią również wtedy, gdy wszyscy uczestnicy mają nadwyżki finansowe, gdyż wówczas można np. negocjować korzystniejsze oprocentowanie środków zgromadzonych na rachunku głównym [„Zeszyty Metodyczne Rachunkowości”, 2013].

W praktyce cash pooling realizowany jest w wariacie kompensacyjnym lub konsolidacyjnym. Zero-balancing cash pooling (wariant konsolidacyjny cash pooling oznaczający koncentrację środków na rachunku, rzeczywisty cash pooling) polega na rzeczywistym przemieszczaniu środków pomiędzy rachunkami grupy kapitałowej. Przepływy pomiędzy rachunkami uczestników cash pooling dokonywane są za pośrednictwem rachunku głównego grupy (rachunek skonsolidowany), na który na koniec każdego dnia wpływają dodatnie salda uczestników i pokrywane są salda ujemne innych uczestników systemu. Na początku dnia następnego dokonywane są przelewy przywracające stan na rachunkach uczestników cash pooling przed konsolidacją środków.

Korzyścią tego rozwiązania jest naliczanie odsetek przez bank od globalnego salda na rachunku skonsolidowanym. Notional cash pooling (wariant kompensacyjny cash pooling) oznaczający kompensowanie odsetek, wirtualny cash pooling) polega na tym, że nie dochodzi do rzeczywistego przepływu środków pomiędzy rachunkami uczestników, lecz w sposób wirtualny prowadzony jest rachunek główny grupy. Pomimo że salda rachunków uczestników są dodatnie i ujemne, nie dochodzi do rzeczywistego przepływu środków między tymi rachunkami, ale odsetki są naliczane od łącznego salda grupy.

Poza wymienionymi podstawowymi rodzajami cash pooling, w praktyce coraz częściej spotykane są porozumienia typu cross-border cash pooling, obejmujące rachunki bankowe podmiotów z różnych krajów, jak również cash pooling zwrotny (two-way), cash pooling bezzwrotny (one-way)” (źródło: „Cash pooling w grupie kapitałowej – wybrane aspekty podatkowe”, Ewy Chorowska-Kasperlik, Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach Nr 225, rok 2015).

Z przedstawionej przez PreZero Service Południe Sp. z o.o. opinii nie wynika zatem w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości, że środki pieniężne znajdujące się na rachunku bankowym stanowią środki pieniężne należące do PreZero Service Południe Sp. z o.o.. Powyższe oznacza, że PreZero Service Południe Sp. z o.o. dotychczas nie wykazał spełnienia warunku finansowego postawionego przez Zamawiającego, co powinno skutkować ostatecznie odrzuceniem jego oferty. Z udostępnionej Odwołującemu korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym, a PreZero Service Południe Sp. z o.o. po otwarciu ofert wynika, że Zamawiający nie wezwał PreZero Service Południe Sp. z o.o. do uzupełnienia lub wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej określonego w rozdziale XIX ust. 3.3.1 SWZ, czym naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 i ust. 4 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 16 Pzp.

Naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy w zw. z art. 17 ust. 2 i 3 ustawy.

W konsekwencji do powyższego, doszło do naruszenia zasad przejrzystości i obiektywności prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego. W efekcie, doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, bowiem PreZero Service Południe Sp. z o.o. zostało potraktowane w sposób korzystniejszy w stosunku do Odwołującego, na skutek naruszenia przepisów ustawy wskazanych we wcześniejszej części niniejszego odwołania.

Odwołujący podał, że mając na uwadze całokształt okoliczność niniejszej sprawy należy uznać, że wybór oferty PreZero Service Południe Sp. z o.o. przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej powinno zostać unieważnione, gdyż w ramach prowadzonego

postępowania wystąpiły liczne wady, których brak konwalidacji powoduje, że wybór powyższej oferty jest niezgodny z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W konsekwencji, odrzuceniu powinna podlegać – obok dotychczas odrzuconej oferty konsorcjum Eneris – także oferta złożona przez PreZero Service Południe Sp. z o.o., a ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu winna podlegać oferta złożona przez konsorcjum Remondis jako ta, która w rezultacie uzyskałaby najwyższą punktację.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W odniesieniu do obu spraw odwoławczych:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem każdego z odwołań. Odwołania zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 11 kwietnia 2023 roku od czynności z dnia 31 marca 2023 roku, a kopie zostały przekazane w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, że w odniesieniu do każdego z odwołań zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 nowej ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.*

Izba nadmienia w tym miejscu w odniesieniu do argumentacji z odwołania sygn. akt KIO 1008/23, że wykonawca wykazuje się interesem w uzyskaniu zamówienia, a nie „intereselem we wniesieniu odwołania”.

Natomiast w odniesieniu do argumentacji z odwołania sygn. akt KIO 1004/23 Izba podkreśla, że w obowiązującym prawie nie ma odniesienia do „interesu prawnego we wniesieniu odwołania” ale do interesu w uzyskaniu zamówienia.

Sygn. akt KIO 1004/23

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy z 2019 Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 20 kwietnia 2023 roku „Odpowiedź na odwołanie” – Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości, jako całkowicie bezzasadnego oraz obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego.

Izba uwzględniła stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego PreZero Service Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej (dalej: „PreZero”) wyrażone w piśmie z dnia 21 kwietnia 2023 roku „Pismo Przystępującego PreZero Południe sp. z o .o.” – wnoszącego o oddalenie odwołania w całości.

Izba pominęła jako bezzasadne dowody załączone do odwołania – przedstawione dowody tj.:

Dowód: wniosek o wydanie WIS z dnia 17.03.2023 r. wraz z załącznikami – dotyczy usługi z poz. c2 Tabeli 3.2.1 formularza ofertowego

Dowód: wniosek o wydanie WIS z dnia 17.03.2023 r. wraz z załącznikami – dotyczy usługi z poz. c3 Tabeli 3.2.1 formularza ofertowego

Dowód: wniosek o wydanie WIS z dnia 17.03.2023 r. wraz z załącznikami – dotyczy usługi z poz. c4 Tabeli 3.2.1 formularza ofertowego

Dowód: potwierdzenie odbioru wniosków dot. WIS (3 szt.) z dnia 20 marca 2023 r.

nie stanowią w ocenie Izby potwierdzenia żadnych okoliczności podnoszonych w odwołaniu przez Odwołującego.

W zakresie podnoszonych przez Odwołującego naruszeń Izba uznała:

W zakresie zarzutów nr 1, 2 i 3 odwołania tj.

1) naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy, przez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy PreZero, pomimo iż oferta ta powinna zostać odrzucona z uwagi na

zawarte w niej błędy w obliczeniu ceny w zakresie określenia stawki podatku VAT dla usług wskazanych w pozycji c2, c3, c4 Tabeli 3.2.1. formularza ofertowego;

2) naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Remondis Górny Śląsk spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej, Remondis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Remondis MPGO Sosnowiec spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sosnowcu (dalej: Remondis) z uwagi na zawarte w niej błędy w obliczeniu ceny w zakresie określenia stawki podatku VAT dla świadczeń wskazanych w pozycji c2, c3, c4 Tabeli 3.2.1. formularza ofertowego;

3) art. 16 ust. 1 ustawy, przez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz w sposób uniemożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji, przejawiający się w tym, że ocenie podlegały oferty podlegające odrzuceniu, jak również, że oferta podlegająca odrzuceniu uznana została za najkorzystniejszą.

– Izba zarzuty (zarzut nr 1, 2 i 3) uznała za niezasadne.

Na wstępie Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 16 ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

- art. 226 ust. 1 Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

(...)

10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Izba ustaliła, że zgodnie z Rozdziałem III Opis przedmiotu zamówienia Specyfikacji Warunków zamówienia (dalej: SWZ)

1. *Nazwa zamówienia:*

Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Miasta Ruda Śląska.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera opis przedmiotu zamówienia, tj. załącznik nr 2 do SWZ.

Zgodnie z Rozdziałem IV SWZ – Informacja na temat części zamówienia i możliwości składania ofert częściowych:

1. *Oferta musi obejmować całość zamówienia. Zamawiający nie dopuszcza możliwości składania ofert częściowych.*

Zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SWZ - OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia wraz ze wskazaniem wymagań jakościowych odnoszących się do głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia

Zamawiający określił między innymi wymagania:

XII. Wymagania dotyczące odpadów komunalnych usuniętych z miejsc nieprzeznaczonych do ich składowania (zebranych podczas likwidacji nielegalnych „dzikich” wysypisk odpadów)

- 1. Usuwanie odpadów z miejsc nieprzeznaczonych do ich składowania w szczególności niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, bioodpadów, mebli i innych odpadów wielkogabarytowych, papieru, tworzyw sztucznych, szkła, metali, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, baterii, akumulatorów, opon, w ramach którego będą realizowane następujące czynności:
 - a. zebranie zalegających wszelkiego rodzaju odpadów ręcznie lub mechanicznie,*
 - b. wywiezienie zebranych odpadów do miejsca odzysku lub unieszkodliwiania.**
- 2. Ustawienie maksymalnie 2 tablic informacyjnych o "zakazie wysypywania śmieci" z tworzywa sztucznego i/lub metalowego (ocynkowanego lub pomalowanego) ze stopą fundamentową, zbrojoną, zakotwioną do podłoża (wraz z jej wykonaniem lub zakupem).*

Opis i wymiary tablicy informacyjnej:

- tablica 50 cm x 50 cm, czarne lub niebieskie litery na białym tle,

- słupek o średnicy 5 cm, wysokość 1,70 m od podłoża,

- stopa fundamentowa - 50 cm x 50 cm x 50 cm (głębokość).

- 3. Ustawienie maksymalnie 2 barier betonowych, drogowych, zabezpieczających przed wjazdem osób postronnych (wraz z jej wykonaniem lub zakupem). Wymiary bariery: 200 cm x 85 cm.*
- 4. Ustawienie słupka tworzywa sztucznego lub metalowego (ocynkowanego lub pomalowanego) ze stopą fundamentową, zbrojoną, zakotwioną do podłoża, zabezpieczającego przed wjazdem osób postronnych (wraz z jego wykonaniem lub zakupem) – maksymalnie 2 słupki w trakcie realizacji umowy.*

Wymiary słupka:

- średnica 10-15 cm, wysokość 1,2 m od podłoża,

- stopa fundamentowa - 50 cm x 50 cm x 70 cm (głębokość).

5. Pod pojęciem „dzikiego wysypiska” należy rozumieć miejsce nieprzeznaczone do składowania odpadów, na którym porzucone zostały znaczne ilości odpadów komunalnych, a ich usunięcie najczęściej wymaga użycia ciężkiego sprzętu.

6. Likwidacja nielegalnych "dzikich" wysypisk będzie realizowana na terenach będących własnością Miasta, które nie są objęte utrzymaniem w ramach innych umów. Zamawiający określi szczegółową lokalizację, zakres oraz ściśle terminy wykonania prac każdorazowo stosownie do potrzeb, na podstawie protokołu przekazania robót w terenie lub na pisemne zlecenie przesłane Wykonawcy mailem.

(...)

Zamawiający pismem z dnia 17 lutego 2023 roku udzielił wyjaśnień między innymi odpowiadając na pytania :

Pytanie nr 4

Zamawiający w OPZ pkt XII.2 wskazuje:

„Ustawienie maksymalnie 2 tablic informacyjnych o „zakazie wysypywania śmieci” z tworzywa sztucznego i/lub metalowego (ocynkowanego lub pomalowanego) ze stopą fundamentową, zbrojoną, zakotwioną do podłoża (wraz z jej wykonaniem lub zakupem”

Prosimy o wskazanie, gdzie należy ustawić tablice informacyjne opisane w przytoczonym powyżej punkcie.

Odpowiedź

Zamawiający wyjaśnia, że tablice informacyjne opisane w punkcie XII.2 Opisu przedmiotu zamówienia będą ustawione na terenie Miasta Ruda Śląska w miejscach, w których Zamawiający uzna, że jest duże prawdopodobieństwo ponownego powstania nielegalnych „dzikich” wysypisk odpadów komunalnych.

Pytanie nr 5

Zamawiający w treści OPZ pkt XII.3 i 4 opisuje:

3. „Ustawienie maksymalnie 2 barier betonowych, drogowych, zabezpieczających przed wjazdem osób postronnych (wraz z jej wykonaniem lub zakupem). Wymiary bariery: 200 cm x 85 cm.

4. „Ustawienie słupka tworzywa sztucznego lub metalowego (ocynkowanego lub pomalowanego) ze stopą fundamentową, zbrojoną, zakotwioną do podłoża, zabezpieczającego przed wjazdem osób postronnych (wraz z jego wykonaniem lub zakupem) – maksymalnie 2 słupki w trakcie realizacji umowy.”

Prosimy o wskazanie, gdzie należy ustawić bariery betonowe i słupy wskazane powyżej.

Odpowiedź

Zamawiający wyjaśnia, że bariery betonowe i słupy wskazane w punkcie XII.3 i XII.4 Opisu przedmiotu zamówienia będą ustawione na terenie Miasta Ruda Śląska w miejscach, w których Zamawiający uzna, że jest duże prawdopodobieństwo ponownego powstania nielegalnych „dzikich” wysypisk odpadów.

W Załącznik nr 1 do SWZ - FORMULARZ OFERTY Zamawiający wymagał podania:

3.2 Cena ofertowa (Co) zamówienia za zebranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych usuniętych z miejsc nieprzeznaczonych do ich składowania:

Netto: PLN

Brutto: PLN

(w tym% podatku VAT)

wyliczona wg poniższego wzoru (w odniesieniu do tabeli 3.2.1):

$$Co = Co1 + Co2 + Co3 + Co4$$

gdzie:

$$Co1 = 200 \text{ Mg} \times c1$$

$$Co2 = 2 \text{ szt.} \times c2$$

$$Co3 = 2 \text{ szt.} \times c3$$

$$Co4 = 2 \text{ szt.} \times c4$$

Tabela 3.2.1:

Lp.	Ceny jednostkowe wg których będą rozliczane prace polegające na:	Cena jednostkowa netto	Cena jednostkowa brutto (w tym ...% VAT)	Jednostki (szacunkowy obmiar – ilość prac)
c1	Zebraniu u zagospodarowaniu 1 Mg odpadów komunalnych usuniętych z miejsc nieprzeznaczonych do ich składowania (w ramach tzw. likwidacji nielegalnych wysypisk odpadów) Cena za 1 Mg [zł/Mg] – c1			200 Mg
c2	Ustawienie tablicy informacyjnej o „zakazie wysypywania śmieci” z tworzywa sztucznego i/lub metalowego (ocynkowanego lub pomalowanego) ze stopą fundamentową, zbrojną, zakotwioną do podłoża Cena za 1 szt. – c2			2 szt.
c3	Ustawienie bariery betonowej, drogowej, zabezpieczającej przed wjazdem osób postronnych Cena za 1 szt. – c3			2 szt.

c4	Ustawienie słupka z tworzywa sztucznego lub metalowego (ocynkowanego lub pomalowanego) ze stopą fundamentową, zbrojną, zakotwioną do podłoża, zabezpieczającego przed wjazdem osób postronnych Cena za 1 szt. – c4			2 szt.
----	--	--	--	--------

Oferta PreZero:

3.2. Cena ofertowa (Co) zamówienia za zebranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych usuniętych z miejsc nieprzeznaczonych do ich składowania:

Netto: 112 250,00 PLN

Brutto: 121 230,00 PLN

(w tym 8 % podatku VAT)

wyliczona wg poniższego wzoru (w odniesieniu do tabeli 3.2.1):

$$Co = Co1 + Co2 + Co3 + Co4$$

gdzie:

$$Co1 = 200 \text{ Mg} \times c1$$

$$Co2 = 2 \text{ szt.} \times c2$$

$$Co3 = 2 \text{ szt.} \times c3$$

$$Co4 = 2 \text{ szt.} \times c4$$

Tabela 3.2.1:

Ceny jednostkowe wg których będą rozliczane prace polegające na:

Cena jednostkowa

netto

Cena jednostkowa

brutto

(w tym 8% VAT)

Jednostki (szacunkowy

obmiar – ilość prac)

c1

Zebraniu u zagospodarowaniu 1 Mg odpadów

komunalnych usuniętych z miejsc

nieprzeznaczonych do ich składowania

(w ramach tzw. likwidacji nielegalnych

wysypisk odpadów)

Cena za 1 Mg [zł/Mg] – c1

535,00 zł 577,80 zł 200 Mg

c2

Ustawienie tablicy informacyjnej o „zakazie wysypywania śmieci” z tworzywa sztucznego i/lub metalowego (ocynkowanego lub pomalowanego) ze stopą fundamentową, zbrojną, zakotwioną do podłoża

Cena za 1 szt. – c2

630,00 zł 680,40 zł 2 szt.

c3

Ustawienie bariery betonowej, drogowej, zabezpieczającej przed wjazdem osób postronnych

Cena za 1 szt. – c3

1 260,00 zł 1 360,80 zł 2 szt.

c4

Ustawienie słupka z tworzywa sztucznego lub metalowego (ocynkowanego lub pomalowanego) ze stopą fundamentową, zbrojną, zakotwioną do podłoża, zabezpieczającego przed wjazdem osób postronnych

Cena za 1 szt. – c4

735,00 zł 793,80 zł 2 szt.

Oferta Remondis:

3.2. Cena ofertowa (Co) zamówienia za zebranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych usuniętych z miejsc nieprzeznaczonych do ich składowania:

Netto: 163 400,00 PLN

Brutto: 176 472,00 PLN

(w tym 8 % podatku VAT)

wyliczona wg poniższego wzoru (w odniesieniu do tabeli 3.2.1):

$Co = Co1 + Co2 + Co3 + Co4$

gdzie:

$Co1 = 200 \text{ Mg} \times c1$

$Co2 = 2 \text{ szt.} \times c2$

Co3 = 2 szt. x c3

Co4 = 2 szt. x c4

Tabela 3.2.1:

Lp.

Ceny jednostkowe wg których będą rozliczane prace polegające na:

Cena jednostkowa netto

Cena jednostkowa brutto

(w tym 8 % VAT)

Jednostki (szacunkowy obmiar – ilość prac)

c1

Zebraniu u zagospodarowaniu 1 Mg odpadów komunalnych usuniętych z miejsc nieprzeznaczonych do ich składowania (w ramach tzw. likwidacji nielegalnych wysypisk odpadów)

Cena za 1 Mg [zł/Mg] – c1

800,00

864,00

200 Mg

c2

Ustawienie tablicy informacyjnej o „zakazie wysypywania śmieci” z tworzywa sztucznego i/lub metalowego (ocynkowanego lub pomalowanego) ze stopą fundamentową, zbrojną, zakotwioną do podłoża

Cena za 1 szt. – c2

500,00

540,00

2 szt.

c3

Ustawienie bariery betonowej, drogowej, zabezpieczającej przed wjazdem osób postronnych

Cena za 1 szt. – c3

870,00

939,60

2 szt.

c4

Ustawienie słupka z tworzywa sztucznego lub metalowego (ocynkowanego lub pomalowanego) ze stopą fundamentową, zbrojną, zakotwioną do podłoża, zabezpieczającego przed wjazdem osób postronnych

Cena za 1 szt. – c4

330,00

356,40

2 szt.

W ocenie Izby argumentacja przedstawiona przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania w żaden sposób nie dowodzi, że dokonana przez Zamawiającego czynność z dnia 31 kwietnia 2023 roku tj. wyboru oferty PreZero i nieodrzczenia ofert PreZero i Remondis była nieprawidłowa.

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w uchwale z dnia 20 października 2011 r. sygn. akt III CZP 52/11 „przy wykonywaniu przez zamawiającego obowiązku zbadania, czy oferty wykonawców nie zawierają błędów w obliczeniu ceny, przy równoczesnym braku w ustawie przedmiotowych ograniczeń przy dokonywaniu przez niego takiej kontroli, ocenie zamawiającego musi także podlegać przyjęcie przez wykonawcę prawidłowej stawki podatku VAT, ponieważ podatek ten jest bez wątpliwa elementem cenotwórczym. Odmienny wniosek musiałby prowadzić do niedającej się zaakceptować zgody na nieprzewidziane ustawą ograniczenie uprawnień zamawiającego, a w konsekwencji uniemożliwienie mu rzetelnego zbadania przesłanki uzasadniającej wykonanie przez zamawiającego ustawowego obowiązku odrzucenia oferty”.

Z powyższego jednoznacznie wynika zatem, że badanie oferty wykonawcy w kontekście błędu w obliczeniu ceny, w odniesieniu do zastosowanej stawki podatku VAT, który stanowi element cenotwórczy, związane jest z badaniem przyjęcia przez wykonawcę prawidłowej stawki podatku VAT. Dlatego też w pierwszej kolejności należy ustalić jaka jest prawidłowa stawka podatku VAT.

Kluczowym dla rozpoznania zarzutów odwołania, tj.: czy zaistniała podstawa do odrzucenia oferty PreZero i Remondis z uwagi na nieprawidłowo zastosowaną stawkę podatku Vat, a w błąd w obliczeniu ceny oferty, jest odpowiedź na pytanie czy wymagane w ramach postępowania przez Zamawiającego w punkcie 3.2 Formularza oferty i opisane w Opisie przedmiotu zamówienia czynności w ramach realizacji usługi stanowią usługę kompleksową.

Izba wskazuje w tym miejscu, że w ramach postępowania o zamówienia zostały złożone cztery oferty (jedna z ofert została odrzucona na innej podstawie), a trzech z czterech wykonawców dla usług c1 – c4 wskazanych w punkcie 3.2 Formularza oferty zastosowało preferencyjną stawkę podatku VAT tj. 8%. Jedyne wykonawca Odwołujący zastosował dwie stawki podatku VAT tj. 8 % dla c1 oraz 23 % dla pozycji c2 – c4. Izba podkreśla również w tym miejscu, że Zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wymaga również odnotowania, że nie było sporne w przedmiotowej sprawie odwoławczej, że usługa określona w OPZ pkt XII ppkt 1 tj. usuwanie odpadów z miejsc nieprzeznaczonych do ich składowania w szczególności niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, bioodpadów, mebli i innych odpadów wielkogabarytowych, papieru, tworzyw sztucznych, szkła, metali, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, baterii, akumulatorów, opon, w ramach którego będą realizowane następujące czynności: a) zebranie zalegających wszelkiego rodzaju odpadów ręcznie lub mechanicznie, b) wywiezienie zebranych odpadów do miejsca odzysku lub unieszkodliwiania – objęta jest 8% stawką podatku VAT.

W ocenie Izby, mając na uwadze to, że „świadczenie kompleksowe” z poziomu podatkowego nie jest zdefiniowane w żadnym akcie prawnym, a jego wykładnia kształtowana jest w oparciu o orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz orzecznictwo sądów polskich kluczowym w ramach tego postępowania było ustalenie czy świadczenie objęte przedmiotem zamówienia stanowi świadczenie kompleksowe czy też świadczeniem kompleksowym nie jest. Ma to ten skutek, że w przypadku stwierdzenia, że świadczenie objęte zamówieniem można uznać za świadczenie kompleksowe to w konsekwencji stawkę podatku VAT określa się na zasadach właściwych dla świadczenia głównego. Natomiast w przypadku, gdy świadczenia nie można uznać za kompleksowe to niezbędnym jest stosowanie stawek podatku, określonych dla danych świadczeń (czynności) właściwych tym świadczeniom. Ponieważ postępowanie odwoławcze przed Izbą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, to po stronie wykonawcy kwestionującego czynności Zamawiającego pozostaje obowiązek wykazania okoliczności, z których wywodzi określone skutki prawne. Oznacza to, że Odwołujący powinien był dowieść, kwestionując zastosowanie przez ww. wykonawców preferencyjnej stawki podatku VAT (8%), że świadczenie objęte przedmiotem zamówienia nie może być traktowane jak świadczenie kompleksowe, co w efekcie pozwoliłoby na stwierdzenie o przyjęciu do kalkulacji ceny niewłaściwej stawki podatku VAT, a w konsekwencji do wypełnienia przesłanek z art. 226 pkt 10 ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący nie dowiódł, że świadczenie objęte przedmiotem zamówienia nie jest świadczeniem kompleksowym i w konsekwencji nie jest możliwe zastosowanie do całości zamówienia podstawowej stawki podatku VAT. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu (w wyroku z dnia 9 listopada 2010 r., sygn. akt I SA/Po 647/10) wskazał, że świadczenie złożone (kompleksowe) ma miejsce wówczas, gdy relacja poszczególnych czynności (świadczeń) wykonywanych na rzecz jednego nabywcy dzieli je na świadczenie podstawowe i świadczenia pomocnicze tzn. takie, które umożliwiają skorzystanie (względnie lepsze skorzystanie) ze świadczenia podstawowego lub są niezbędne dla możliwości skorzystania ze świadczenia podstawowego.

Odwołujący kwestionując zastosowaną przez ww. wykonawców stawkę preferencyjną powinien wykazać, że realizacja świadczenia pomocniczego (Rozdział XII OPZ pkt 2, 3 i 4 - Ustawienie maksymalnie 2 tablic informacyjnych o "zakazie wysypywania śmieci", Ustawienie maksymalnie 2 barier betonowych, drogowych, zabezpieczających przed wjazdem osób postronnych, Ustawienie słupka tworzywa sztucznego lub metalowego (ocynkowanego lub pomalowanego) ze stopą fundamentową, zbrojoną, zakotwioną do podłoża, zabezpieczającego przed wjazdem osób postronnych) nie przyczyni się w ogóle do korzystania lub do lepszego korzystania ze świadczenia podstawowego. Odwołujący nie wykazał takiej okoliczności. Natomiast w oparciu o powszechną wiedzę można domniemywać, że świadczenie pomocnicze w wypadku przedmiotowego postępowania o zamówienia niewątpliwie przyczyni się do lepszego korzystania ze świadczenia podstawowego, w tym przyczynić może się do zabezpieczenia terenów przed powstawaniem tzw. nielegalnych wysypisk śmieci. Niewątpliwie powszechnie wiadomo, że powstawanie nielegalnych wysypisk śmieci stanowi bardzo duży problem i wyzwanie dla podmiotów odpowiedzialnych za usuwanie takich wysypisk oraz zabezpieczanie miejsc przed kolejnymi takimi zdarzeniami. Izba uwzględniła w tym zakresie stanowisko Zamawiającego wynikające z treści dokumentacji postępowania, a w szczególności z treści OPZ w Rozdziale XII. W ocenie Izby Odwołujący dokonuje nieuprawnionej interpretacji postanowień SWZ, a polegającej na tym, że usługi z punktów 2, 3 i 4 tego rozdziału traktuje jako dowolne świadczenia realizowane na rzecz Zamawiającego. W ocenie Izby jest wręcz przeciwnie, bowiem samo wskazanie w rozdziale „Wymagania dotyczące odpadów komunalnych usuniętych z miejsc nieprzeznaczonych do ich składowania” powiązane zostaje bezpośrednio z usługą likwidacji nielegalnych „dzikich” wysypisk odpadów, jak również umiejscowione zostaje w ten sposób w ramach realizacji umowy jaka zostanie zawarta w przypadku udzielenia przedmiotowego zamówienia. W ocenie Izby również treść udzielonych odpowiedzi (na pytania z dnia 17 lutego 2023 roku) potwierdza w sposób jednoznaczny powiązanie realizacji usługi podstawowej tj. usuwania nielegalnych „dzikich” wysypisk

odpadów z usługami związanymi ze stawianiem tablic informacyjnych, barier betonowanych czy słupów zabezpieczających uniemożliwiających wjazd. Wynika to z tego, że owo pytanie dotyczyło wskazania miejsca ustawienia powyżej podanych elementów. Zamawiający nie był w stanie wskazać takiego miejsca/miejsc, i dopiero gdy uzna, że takie jest konieczne, wskaże wykonawcy miejsce ich ustawienia po wcześniejszym uprzątnięciu odpadów. Potwierdza to w ocenie Izby, że na dzień składania ofert te miejsca nie są znane właśnie dlatego, że zostaną ustalone dopiero po likwidacji nielegalnych „dzikich” wysypisk odpadów. Jednocześnie uzasadnił Zamawiający w składanej odpowiedzi, że wskaże takie miejsca, w których uzna, że jest duże prawdopodobieństwo ponownego powstania nielegalnych „dzikich” wysypisk odpadów. Działania takie, powiązane z likwidacją takiego nielegalnego wysypiska odpadów pozwalają niewątpliwie na lepsze, jeśli nie najlepsze, zrealizowanie na rzecz Zamawiającego usługi objętej zamówieniem. Problematyka nielegalnych wysypisk odpadów znana jest każdemu obywatelowi i nie wymaga pogłębionej analizy stwierdzenie, że odnawianie takich nielegalnych wysypisk jest rzeczą powszechną, z którą mierzy się każdy samorząd ale i każdy obywatel. Słusznie tym samym wskazał Zamawiający, że jednoczesność realizacji usług tzn. likwidacji nielegalnego „dzikiego” wysypiska odpadów oraz zabezpieczenie takiego miejsca może dać oczekiwany efekt. Zamawiający wyjaśnił również, że wcześniej zlikwidowane nielegalne „dzikie” wysypiska odpadów zostały zabezpieczone w trakcie realizacji wcześniejszych umów, to też nie wymagają one zabezpieczenia obecnie. Niezasadna zatem jest argumentacja Odwołującego odnosząca się do zabezpieczania zlikwidowanych wcześniej, przed zawarciem umowy, nielegalnych „dzikich” wysypisk śmieci. Podkreślenia wymaga również, na co zwrócił uwagę PreZero, że wykonawca w ramach realizacji zamówienia ma obowiązki sprawozdawcze, a wraz z nimi wskazanie *ilości odpadów usuniętych z miejsc nieprzeznaczonych do ich składowania (zebranych podczas likwidacji nielegalnych „dzikich” wysypisk odpadów) wraz ze wskazaniem miejsca i sposobu ich zagospodarowania oraz ilości ustawionych tablic informacyjnych o „zakazie wysypywania śmieci”, barier betonowych drogowych i słupków ze stopą fundamentową* (Rozdział III pkt 6 lit w OPZ). Jednoznacznie potwierdza to, że z likwidacją nielegalnych „dzikich” wysypisk odpadów realizowanych jako usługa podstawowa powiązane są świadczenia pomocnicze polegające na zabezpieczeniu miejsc, w których takie wysypiska zostały zlikwidowane. Jednoznaczność celu stawiania tablic informacyjnych o zakazie wysypywania śmieci, czy barier betonowanych, czy słupów zabezpieczających uniemożliwiających wjazd w ocenie Izby jest w tym przypadku oczywista i polega na osiągnięciu danego efektu środowiskowego. Wymaga także podkreślenia, że stawiane jakichkolwiek zabezpieczeń nie może odbywać się bez określonego celu i za zgodą i wskazaniem Zamawiającego, tym samym trudno w ogóle poddać ocenie

argumentację Odwołującego odnoszącą się do tego, że te zabezpieczenia nie muszą uniemożliwiać tylko nielegalnego wysypywania odpadów. Zamawiający korzysta z takich rozwiązań jakie są mu dostępne i dozwolone, aby osiągnąć cel w postaci minimalizowania powstawania nielegalnych „dzikich” wysypisk odpadów.

Zgodnie z art. 41 ust 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towaru i usług (tj. z dnia 7 kwietnia 2022 r. Dz.U. z 2022 r. poz. 931) *dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, innych niż sklasyfikowane według Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług w grupowaniu usługi związane z wyżywieniem (PKWiU 56), stawka podatku wynosi 7%, z zastrzeżeniem art. 114 ust. 1 i art. 138 i ust. 4.* Przy czym w roku 2023, zgodnie z ww. ustawą, z art. 146 ea 1) stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 1 i 13, art. 109 ust. 2, art. 110 i art. 138i ust. 4, wynosi 23%; 2) stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 2, art. 120 ust. 2 i 3 oraz tytule załącznika nr 3, wynosi 8%. Na podstawie Załącznika nr 3 wiadomym jest, że obniżoną stawką podatku VAT (8%) opodatkowane są:

(38.11.1) Usługi związane ze zbieraniem odpadów innych niż niebezpieczne, nadających się do recyklingu;

(38.11.2) Usługi związane ze zbieraniem odpadów innych niż niebezpieczne, nienadających się do recyklingu ;

(38.11.6) Usługi związane z infrastrukturą przeznaczoną do przemieszczania odpadów innych niż niebezpieczne;

(38.12.1) Usługi związane ze zbieraniem odpadów niebezpiecznych;

(38.12.30.0) Usługi związane z infrastrukturą przeznaczoną do przemieszczania odpadów niebezpiecznych nadających się do recyklingu;

(38.21.10.0) Usługi związane z obróbką odpadów innych niż niebezpieczne w celu ich ostatecznego usunięcia;

(38.21.2) Usługi związane z usuwaniem odpadów innych niż niebezpieczne;

(38.22.19.0) Usługi związane z przetwarzaniem pozostałych odpadów niebezpiecznych;

(38.22.2) Usługi związane z unieszkodliwianiem odpadów promieniotwórczych i pozostałych odpadów niebezpiecznych.

Izba podkreśla, że dla określenia prawidłowej stawki podatku VAT w przypadku świadczenia kompleksowego kluczowe jest ustalenie elementarnego świadczenia podstawowego, przypisanie mu prawidłowej stawki podatku VAT oraz ustalenie, że pozostałe świadczenia są świadczeniami pomocniczymi, co powoduje, że dzielą one los opodatkowania stawką podatku VAT właściwą dla świadczenia podstawowego. Tym samym poza przedmiotem tego sporu pozostaje kwestia kwalifikacji odnośnie stawki podatku VAT w oparciu o kody PKWiU wskazane powyżej w Załączniku nr 3, bowiem dla świadczenia podstawowego tj. *Usuwanie*

odpadów z miejsc nieprzeznaczonych do ich składowania stawka podatku VAT 8% nie była sporna, a świadczenie pomocnicze działo los świadczenia podstawowego.

W odniesieniu do konstrukcji Formularza ofertowego w punkcie 3.2 tabela 3.2.1 i wymagania podania zastawionej stawki podatku VAT Izba stwierdza, że w żaden sposób nie można odmówić poprawności wypełnienia formularza przez PreZero oraz Remondis. Po pierwsze, nie sposób na podstawie tak skonstruowanego formularza przyjąć, że nie było możliwe zastosowanie jednej stawki podatku VAT dla wszystkich czterech pozycji, tym bardziej, że w przypadku świadczenia kompleksowego ta stawka jest taka sama dla wszystkich pozycji. Po drugie, nie można również uznać za prawidłowe twierdzenia, że tak skonstruowana tabela wymagała od wykonawcy zastosowania różnych stawek podatku VAT. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie określił stawki podatku VAT i pozostawił jej określenie po stronie wykonawcy. Wykonawcy PreZero oraz Remondis zastosowali jedną stawkę podatku VAT, tj. 8% wypełniając pierwszy z wierszy w tabeli „Cena jednostkowa brutto (w tym% VAT)”. Jednakże gdyby wykonawcy Ci podali stawkę podatku w kolejnych czterech wierszach w kolumnie „Cena jednostkowa brutto (w tym% VAT)” przy każdej cenie jednostkowej brutto, to również działanie to należałoby uznać za poprawne. Potwierdza to fakt tego, że na podstawie tych danych Odwołujący złożył odwołanie, a więc były one dla niego oczywiste.

Izba zwraca uwagę, że w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 27 października 2005 r., sygn. akt C-41/04, który jest zakorzeniony mocno w doktrynie przedmiotu, Trybunał zwracał uwagę na to, że analizy charakteru transakcji należy dokonywać też z punktu widzenia nabywcy. Odwołujący nie wykazał również, o czym traktował Wojewódzki Sąd Administracyjny, że rozdzielnie świadczenia podstawowego i świadczenia pomocniczego nie wpłynęły na zmianę wartości świadczenia po stronie nabywcy. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że rozdzielenie świadczenia podstawowego i świadczenia pomocniczego nie wpłynęło na zmianę wartości świadczenia po stronie Zamawiającego, jak również nie wykazał, że rozdzielenie tych świadczeń nie przyczyni się do pogorszenia realizacji zamówienia, którym jest w tym zakresie usuwanie nielegalnych „dzikich” wysypisk odpadów i zabezpieczenie miejsc po nich.

Nadmienić należy w tym miejscu, że zgodnie z orzecznictwem i doktryną przedmiotu w zakresie świadczeń kompleksowych sam fakt zakwalifikowania czynności jako

świadczenie kompleksowe nie wyklucza opodatkowania tych świadczeń różnymi stawkami podatku VAT, tak jak to zrobił Odwołujący.

Mając na uwadze powyższe Izba nie stwierdziła naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 oraz zasad zamówień publicznych określonych w art. 16 pkt 1 ustawy w zakresie czynności Zamawiającego z dnia 31 marca 2023 roku i nieodrzczenia ofert PreZero oraz Remondis oraz wyboru oferty PreZero jako najkorzystniejszej.

Sygn. akt KIO 1008/22

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy z 2019 Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku *w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 20 kwietnia 2023 roku „Odpowiedź na odwołanie” – Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości, jako całkowicie bezzasadnego oraz obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego.

Izba uwzględniła stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego PreZero Service Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej (dalej: „PreZero”) wyrażone w piśmie z dnia 21 kwietnia 2023 roku „Pismo Przystępującego” – wnoszącego o oddalenie odwołania w całości. Izba postanowieniem wydanym w trakcie rozprawy do protokołu dopuściła dowody załączone do pisma tj.: Opinia bankowa z dnia 20 kwietnia 2023 roku.

Izba uwzględniła stanowisko Odwołującego wyrażone w piśmie z dnia 24 kwietnia 2023 roku „Replika do odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1008/23.”

Izba w trakcie rozprawy, postanowieniem do protokołu, dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego:

- dowód nr 1 Decyzja nr 4/2015 z dnia 22 stycznia 2015 roku,
- dowód nr 2 Decyzja z dnia 23 stycznia 2015 roku.

W zakresie podnoszonych przez Odwołującego naruszeń Izba uznała:

W zakresie zarzutu 1 naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy przez jego niezastosowanie i uznanie, że złożona przez PreZero Service Południe Sp. z o.o. oferta jest zgodna z warunkami zamówienia, podczas gdy w przedmiotowych ofertach wykonawca ten wskazał w formularzu ofertowym, iż zamierza przekazywać odpady do miejsc innych niż instalacje służące przetwarzaniu odpadów, podczas gdy Zamawiający wymagał, aby odpady były wyłącznie przekazywane do instalacji, co wynika z treści Rozdziału IV SWZ, pkt II.2.4) ppkt 4 Ogłoszenia i pkt 5 treści załącznika nr 1 do SWZ (formularza ofertowego) – **Izba uznała zarzut za niezasadny.**

Na wstępie Izba wskazuję, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Izba ustaliła:

Zgodnie z Rozdziałem IV SWZ – Informacja na temat części zamówienia i możliwości składania ofert częściowych Zamawiający podał:

3. Powody niedokonania podziału zamówienia na części:

Odbiór i zagospodarowanie odpadów są to usługi powiązane ze sobą. Przedsiębiorca odbierający odpady komunalne wskazuje w ofercie do jakich instalacji będzie przekazywał odpady (z którymi ma lub będzie miał podpisane umowy). Przeprowadzenie odrębnych postępowań na odbiór odpadów oraz ich zagospodarowanie nie gwarantuje obniżenia kosztów łącznych powyższych postępowań, ponieważ potencjalny Wykonawca zawierając umowy wieloletnie z instalacjami zajmującymi się zagospodarowaniem odpadów ma większą możliwość wynegocjowania korzystniejszej ceny niż miasto indywidualnie. Ponadto należy podkreślić, że Miasto Ruda Śląska nie posiada własnej instalacji do przetwarzania odpadów, której mogłoby powierzyć zagospodarowanie odpadów komunalnych. W związku z

powyższym zasadne jest, aby potencjalny Wykonawca zajmował się odbiorem odpadów i ich zagospodarowaniem. Ważnym aspektem przemawiającym za niedokonaniem podziału zamówienia jest również obniżenie kosztów realizacji całego zamówienia oraz nadzór nad realizacją jednej kompleksowej umowy na wszystkie zadania, a nie koordynowanie działań kilku wykonawców (kilka zawartych umów), co znacznie usprawni nadzór nad realizacją zamówienia.

W ogłoszeniu o zamówieniu Sekcja II: Przedmiot, w punkcie II.2.4 Opis zamówienia Zamawiający podał:

3. Do obowiązków Wykonawcy w ramach świadczenia usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu miasta Ruda Śląska należy między innymi:

3.1. Odbieranie odpadów komunalnych wytworzonych na terenie miasta Ruda Śląska, a pochodzących:

- od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy,

- od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, o których mowa w Uchwale Nr PR.0007.51.2020 Rady Miasta Ruda Śląska z dnia 30.04.2020 r.

- od właścicieli nieruchomości, co do których wydana została decyzja, o której mowa w art. 6 ust. 7 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (wykonanie zastępcze).

3.2. Wykonawca zobowiązany jest do dodatkowych odbiorów niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych w zabudowie wielorodzinnej poza częstotliwością wynikającą z tabeli 2, w okresie poprzedzającym Święta Wielkanocne i Bożego Narodzenia oraz bezpośrednio po nich w pierwszym lub drugim dniu niebędącym dniem wolnym od pracy.

4. Zagospodarowanie odebranych odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu miasta Ruda Śląska.

W Załącznik nr 1 do SWZ - FORMULARZ OFERTY Zamawiający wymagał podania:

5. Wykaz instalacji, do których przekazywane będą odebrane odpady komunalne od właścicieli nieruchomości:

(tabela ze wskazanymi kodami odpadów)

W ocenie Izby argumentacja przedstawiona przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania w żaden sposób nie dowodzi, że dokonana przez Zamawiającego czynność z dnia 31 marca 2023 roku wyboru oferty PreZero Service Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej (dalej: „PreZero”) była nieprawidłowa.

Na wstępie Izba stwierdza, że sam Odwołujący przyznał w treści odwołania, że w ustawie o odpadach brak jest definicji ustawowej pojęcia „zagospodarowanie”. Tym samym już na tej podstawie budowanie argumentacji w odwołaniu z odniesieniem do wykładni czynionej przez Odwołującego w jaki sposób należy rozumieć pojęcie zagospodarowanie, należy uznać za niezasadne.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, a odnoszące się do tego, że w Rozdział IV pkt 3 SWZ odnosi się jedynie do przedstawienia przez Zamawiającego powodów niedokonania podziału zamówienia na części. Obowiązkiem Zamawiającego wynikającym z art. 91 ust. 2 ustawy jest podanie w dokumentach zamówienia powodów niedokonania podziału zamówienia na części. Odwoływanie się do stanowiska Zamawiającego wyrażonego ww. rozdziale należy uznać za niewłaściwe w odniesieniu do argumentacji faktycznej, jaką przedstawia Odwołujący. Gdyby Odwołujący kwestionował brak podziału zamówienia na części odnosiłby się właśnie do tych postanowień, jednakże nie to jest przedmiotem zarzutu odwołania. W zarzucie Odwołujący kwestionuje przekazanie odpadów o wskazanych w odwołaniu kodach do miejsc innych niż instalacje. Jednocześnie Odwołujący nie wskazuje w dokumentach zamówienia postanowień, które nakazywałyby wykonawcy działanie oparte jedynie na przekazaniu odpadów do instalacji, jak również zakazujących w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych wskazania podmiotu zbierającego te odpady.

Izba podkreśla, że Zamawiający zobowiązał wykonawców w załączniku nr 2 do SWZ Opis przedmiotu zamówienia, Rozdziale XIII - Wykonawca zobowiązany jest do przestrzegania w trakcie realizacji zamówienia przepisów prawa, w szczególności takich jak: ustawa z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 699 ze zm.), ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 2519 ze zm.), ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 2556 ze zm.). Jednocześnie w Rozdziale II Zagospodarowanie odebranych odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu miasta Ruda Śląska przy zachowaniu następujących warunków: *Wykonawca zobowiązany jest do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości odpadów komunalnych zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w szczególności z ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.*

Zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 2519 ze zm.) Wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia określa w nich w szczególności: instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady.

Odwołujący nie zarzucił w odwołaniu, że odpady o kodach jakie powołał tj. o kodach 17 04 01, 17 04 02, 17 04 03, 17 04 04, 17 04 05, 17 04 06, 17 04 07 oraz 17 04 11, dla których PreZero wskazał punkty skupu odpadów nie stanowią odpadów selektywnie zbieranych. Takiej argumentacji brak jest w odwołaniu. Potwierdza to zatem, że zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, do stosowania których zobowiązał Zamawiający wykonawców, każdy wykonawca miał możliwość skorzystania ww. regulacji ustawowej i dla określonych odpadów selektywnie zbieranych wskazać podmiot zbierający te odpady, a nie instalację. Przyjęcie stanowiska Odwołującego stanowiłoby działanie *contra legem* do obowiązujących przepisów, ale również nie byłoby zgodne z postanowieniami samej SWZ. Podkreślenia wymaga również, że Odwołujący nie podnosił argumentacji nawiązującej do niemożliwości wskazania podmiotów zbierających odpady z uwagi na niespełnienie przesłanki niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych. Całość argumentacji w zasadzie oparta jest na sformułowaniu wymagania podania dla określonych kodów odpadów na sformułowaniu z Formularza oferty - *Wykaz instalacji, do których przekazywane będą odebrane odpady komunalne od właścicieli nieruchomości*. Izba dostrzegła jednocześnie, że w treści formularza brak jest jakiegokolwiek wskazania, że dla każdego kodu odpadu wymaga Zamawiający przypisania instalacji. Wykaz kodów odpadów zawarty w tabeli w punkcie 5 Formularza oferty odpowiada kodom odpadów określonym w OPZ, a żądanie podania instalacji jest wynikiem obowiązku określonego zgodnie z art. 6f ust.1a ww. ustawy z którego wynika, że umowa w sprawie zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości albo na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w części dotyczącej odbierania odpadów określa „instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazać odebrane odpady komunalne; w przypadku niewielkich ilości

odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady”. Przy czym i w tym przypadku pozostawiono uprawnienie wykonawcy, ale i obowiązek, wskazania podmiotów zbierających odpady selektywnie zbierane.

Izba stwierdza, że argumentacja z repliki odnosząca się do tego, że Zamawiający w sposób niepełny implementował do SWZ postanowienia art. 6d ut. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nie zasługuje na uznanie. W żadnym postanowieniu OPZ nie odnajdujemy stwierdzenia o obowiązku przekazania odpadów jedynie do instalacji oraz nie ma wyartykułowanego stanowiska Zamawiającego, że nie dopuszcza wskazania podmiotów zbierających odpady. Wręcz przeciwnie w OPZ jest odwołanie do *przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości odpadów komunalnych zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w szczególności z ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach*. Tym samym nie ma możliwości powiązania treści z Formularza ofertowego z wymaganiem przedmiotowym określonym przez Zamawiającego. Nawet gdyby przyjąć, choć w ocenie Izby nie ma takiej potrzeby, jako niespójność stwierdzenie z Formularza ofertowego (który nie stanowi opisu przedmiotu zamówienia) z treścią OPZ, to w takim przypadku – zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby i sądów – każdą niejasność, nieścisłość należy wyklądać na rzecz wykonawcy.

W ocenie Izby, mając na uwadze regulacje prawne jakie obowiązują w zakresie utrzymania czystości i porządku w gminach, jednoznaczne odwołanie się do tych przepisów przez Zamawiającego oraz brak wskazania przez Zamawiającego zakazu dla odpadów selektywnie zbieranych podmiotu zbierającego te odpady Izba zarzut uznała za niezasadny. Dowody przedstawione przez Odwołującego nie dowodzą w żaden sposób niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, wręcz przeciwnie dowodzą tego, że wskazane podmioty przez PreZero uprawnione są do zbierania odpadów o określonych kodach. Więcej, Odwołujący tej okoliczności nie kwestionował, a dowody były przedstawione na właśnie na okoliczność wykazania, że wskazane w tych decyzjach podmioty prowadzą zbieranie odpadów, natomiast nie dysponują instalacjami.

W ocenie Izby także odwołanie się do treści ogłoszenia nie potwierdza w żaden sposób stanowiska Odwołującego i wydaje się być poczynione jedynie na potrzeby tego postępowania, bowiem jak słusznie zauważył Zamawiający, warunki zamówienia określa się w dokumentach zamówienia. Natomiast zgodnie z definicją legalną określoną w ustawie ogłoszenie o zamówieniu nie należy do dokumentów zamówienia.

W odniesieniu do zarzucanego wskazania w tabeli w punkcie 5 Formularza ofertowego dodatkowych, niewymaganych przez Zamawiającego kodów odpadów, a które nie były podane w tej tabeli, Izba nie uznaje tego wskazania jako podstawy do odrzucenia

oferty PerZero. Odwołujący nie wyjaśnił w jaki sposób podanie dodatkowych informacji miałyby wpływać na niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, w szczególności nie odniósł się w żaden sposób do tego, że ewentualnie zostały uwzględnione w cenie oferty. Tabela w punkcie 5 Formularza ofertowego odnosi się jedynie do wykazu instalacji, do których przekazywane będą odebrane odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. Skoro dane kody nie były przewidziane przez Zamawiającego w tej tabeli, a wykonawca je tam zamieścił, to nie zmienia to wymaganej przez Zamawiającego treści tabeli co do określonych przez niego kodów i niezbędnych dla nich informacji. W konsekwencji nie powoduje to niezgodności treści tabeli, czyli treści oferty z warunkami zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego określonych w zarzucie regulacji prawnych, a oferta PreZero zgodna jest z warunkami zamówienia.

W zakresie zarzutu 2 naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 128 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 16 ustawy przez ich niezastosowanie i uznanie, że PreZero Service Południe Sp. z o.o. spełnia warunki udziału w postępowaniu, w tym warunki ekonomiczne, podczas gdy z dokumentu przedłożonego przez ten podmiot nie wynika, iż wskazane środki należą do niego, a tym samym nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co powinno prowadzić do odrzucenia złożonej jego oferty, względnie co najmniej do wezwania do złożenia przez niego wyjaśnień w tym przedmiocie – **Izba uznała zarzut za niezasadny.**

Na wstępie Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 16 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

- art. 112 ust. 2 pkt 3 ustawy - Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć sytuacji ekonomicznej lub finansowej;

- art. 128 ust. 1 ustawy - Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający

wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

- art. 128 ust. 4 ustawy - Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu

Izba ustaliła:

Zamawiający w Rozdziale XIX – Podstawy (przesłanki) wykluczenia z postępowania, warunki udziału w postępowaniu. Wykaz podmiotowych środków dowodowych. Określił:

3. Warunki udziału w postępowaniu, określone przez Zamawiającego spośród warunków, o których mowa w art. 112 ust. 2 ustawy:

3.3 Sytuacja ekonomiczna lub finansowa:

Wykonawca musi wykazać, iż posiada środki finansowe lub zdolność kredytową, w wysokości nie mniejszej niż 3 000 000 PLN.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych Zamawiającego PreZero przedstawił Opinię bankową z 13 lutego 2023 roku mBank, w której wskazano:

Zaświadczamy, że firma:

*PREZERO SERVICE POŁUDNIE SPÓŁKA
Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ
KOKOTEK 33*

41-700 RUDA ŚLĄSKA

POLSKA

jest klientem mBanku od 2018-10-29. Dla tej firmy prowadzimy rachunek bankowy:

Waluta PLN

Numer rachunku PLN PL 48 1140 1078 0000 4349 3200 1001

1. Na 10.02.2023 na rachunku bankowym firmy nie ma zajęć egzekucyjnych.

2. Firma reguluje na bieżąco zobowiązania wobec mBanku.

Stan środków pieniężnych w/w rachunku na koniec dnia 23-01-2023 przed usługą Cash pool:
3.382.697,83 PLN.

Opinię wydaliśmy na wniosek firmy.

W ocenie Izby przedstawiony przez PreZero dokument – Opinia bankowa potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego w SWZ.

W ocenie Izby argumentacja Odwołującego skupia się na przedstawieniu doktrynalnych twierdzeń na temat „Cash pooling” z przytoczeniem różnych stanowisk piśmiennictwa w przedmiocie tej usługi. Natomiast w odniesieniu do Opini bankowej przedstawionej przez PreZero Odwołujący poprzestaje na stwierdzeniu, że *„nie wynika zatem w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości, że środki pieniężne znajdujące się na rachunku bankowym stanowią środki pieniężne należące do PreZero Service Południe Sp. z o.o..”*

Izba stwierdza, że w powyższej argumentacji Odwołującego brak jest jakiegokolwiek uzasadnienia wątpliwości. Zgodnie ze złożoną opinią z dnia 13 lutego 2023 roku jednoznacznie stwierdzić można, że podany w opinii rachunek bankowy prowadzony jest dla PreZero Service Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, czyli wykonawcy, który złożył ofertę oraz złożył przedmiotową opinię bankową. Z treści opinii wynika również stan środków pieniężnych w/w rachunku na koniec dnia 23 stycznia 2023 przed usługą Cash pool: 3.382.697,83 PLN. Wskazane środki finansowe przewyższają kwotę określoną w warunku udziału w postępowaniu. Jednocześnie z treści złożonej opinii jednoznacznie wynika, że wysokość środków finansowych w niej podanych dotyczy okoliczności „przed usługą Cash pool”.

Zgodnie z art. 115 ust. 1 pkt 4 ustawy w odniesieniu do sytuacji finansowej lub ekonomicznej zamawiający może określić warunki, które zapewnią posiadanie przez wykonawców zdolności ekonomicznej lub finansowej niezbędnej do realizacji zamówienia. W tym celu zamawiający może wymagać w szczególności posiadania przez wykonawcę określonej zdolności kredytowej lub środków finansowych. W przepisie mowa jest o „posiadaniu” określonych środków finansowych. W tym wypadku w Opini bankowej wskazano, że PreZero ma zgromadzone na dany dzień na koncie prowadzonym dla tej spółki określone środki finansowe. Wskazanie takiej informacji w Opinii bankowej utożsamiane jest z posiadaniem na ten dzień przez wykonawcę określonych środków finansowych. Nie sposób wywieść z treści odwołania, co też miał Odwołujący na myśli poddając pod wątpliwość, że *środki pieniężne znajdujące się na rachunku bankowym stanowią środki pieniężne należące do PreZero Service Południe Sp. z o.o..”*. Jednocześnie Odwołujący pomija konsekwentnie

dwie zasadnicze informacje, a mianowicie, że rachunek bankowy o określonym numerze prowadzony jest dla PreZero oraz to, że stan konta podany został *przed usługą Cash pool*. Odwołujący nie wyjaśnia również, nie przedstawia żadnej argumentacji odnoszącej się do tego, że przed usługą Cash pool, wskazany rachunek w przedstawionej Zamawiającemu opinii jest „rachunkiem głównym”, do którego referuje w odwołaniu przytaczając stanowiska doktryny. W szczególności nie wyjaśnia, co też w złożonej opinii miałyby na to wskazywać że jest to rachunek główny, skoro sam podaje, że regulowane za pomocą rachunku głównego są przepływy pomiędzy uczestnikami cash pooling - natomiast z opinii jednoznacznie wynika, że stan środków pieniężnych jest podany *przed usługą Cash pool*.

Z dowodu złożonego przez PreZero przy piśmie procesowym tj. Opinia bankowa z dnia 20 kwietnia 2023 roku - Opinia bankowa uzupełniająca do opinii bankowej z dnia 13 lutego 2023 roku wynika: *Zaświadczamy, że stan dostępnych środków pieniężnych na koniec dnia 23.01.2023 roku wynosił 36.238.987,58 PLN, zgodnie z Umową o zarządzaniu środkami pieniężnymi z dnia 25.02.2022 roku (Umowa cash pool)*. Potwierdza to, że wysokość środków finansowych po uruchomieniu usługi Cash pool na dzień 23 stycznia 2023 roku była dziesięciokrotnie wyższa od środków pieniężnych przed jej uruchomieniem. Jednocześnie z opinii powyżej wynika, że nie są to środki pieniężne dostępne na koncie PreZero ale środki pieniężne dostępne zgodnie z Umową o zarządzaniu środkami pieniężnymi z dnia 25.02.2022 roku (Umowa cash pool). W ocenie Izby, mając na uwadze jedynie subiektywne przypuszczenia i wątpliwości Odwołującego, złożona Zamawiającemu Opinia bankowa potwierdza spełnienie określonego w SWZ warunku.

Wymaga dostrzeżenia, że argument o tym, że środki pieniężne zgromadzone na koncie PreZero przed usługą Cash pool mogły być własnością innych podmiotów należących do grupy kapitałowej pojawia się dopiero w replice. Taką argumentację Izba uznaje za spóźnioną i przedstawioną po upływie terminu na wniesienie odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego określonych w zarzucie regulacji prawnych, a Opinia bankowa złożona przez PreZero potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutu 3 art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 17 ust. 2 i 3 ustawy przez zaniechanie zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz prowadzenie postępowania wbrew zasadzie przejrzystości i obiektywizmu, polegające na podejmowaniu przez Zamawiającego sprzecznych w stosunku do dokumentacji Postępowania czynności, tj. uznanie, że oferta PreZero Service Południe Sp. z o.o. jest zgodna z tą dokumentacją i że

PreZero Service Południe Sp. z o.o. spełnia warunki udziału w postępowaniu – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Na wstępie Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy prawa:

- art. 16 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

- art. 17 ust. 2 ustawy - Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

- art. 17 ust. 3 ustawy - Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

Izba za niezasadne uznaje naruszenie podniesionych w zarzucie 3 przepisów prawa, w tym zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem podniesione naruszenia ww. przepisów mają stanowić w ocenie Odwołującego konsekwencję naruszeń określonych w zarzucie 1 i 2 odwołania. Izba nie stwierdziła niezasadności zarzutów 1 i 2 (całą poczynioną wyżej argumentację w tym zakresie przyjmuje również w tym miejscu), tym samym za niezasadne uznaje naruszenia podnoszone w ramach zarzutu 3.

Koszty:

Izba oddaliła odwołanie o sygn. akt KIO 1004/23 i oddaliła odwołanie sygn. akt KIO 1008/23 wobec powyższego, na podstawie art. 553 i art. 556 ustawy orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

Zgodnie z art. 557 ustawy z 2019 r., *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.*

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1, § 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. *w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....