Sygn. akt: KIO 57/15
Sygn. akt: KIO 59/15

WYROK
z dnia 27 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 stycznia 2015 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 9 stycznia 2015 r. przez wykonawcę R. H. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne R. H., ul. Buszkowo 75/2, 86-010 Koronowo,

B. w dniu 9 stycznia 2015 r. przez wykonawcę M. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych Ciągnikowo-Transportowych M. C., ul. Park Powstańców Wielkopolskich 5, 62-430 Powidz w postępowaniu prowadzonym przez Nadleśnictwo Szubin, Szubin Wieś 52, 89-200 Szubin

przy udziale:

A. wykonawcy W. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych Zakładanie i Konserwacja Zieleni-Handel P. W., Pturek 13, 88-190 Bracin zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 57/15 po stronie zamawiającego

B. wykonawcy A. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych - Gastronomia A. W., Kowalewo, ul. Szkolna 6, 89-200 Szubin zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 57/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala oba odwołania,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę R. H. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne R. H., ul. Buszkowo 75/2, 86-010 Koronowo i

wykonawcę M. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych Ciągnikowo-Transportowych M. C., ul. Park Powstańców Wielkopolskich 5, 62-430 Powidz i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę R. H. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne R. H., ul. Buszkowo 75/2, 86-010 Koronowo i wykonawcę M. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych Ciągnikowo-Transportowych M. C., ul. Park Powstańców Wielkopolskich 5, 62-430 Powidz tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od wykonawcy R. H. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne R. H., ul. Buszkowo 75/2, 86-010 Koronowo i wykonawcy M. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych Ciągnikowo-Transportowych M. C., ul. Park Powstańców Wielkopolskich 5, 62-430 Powidz na rzecz Nadleśnictwa Szubin, Szubin Wieś 52, 89-200 Szubin kwotę 7 712 zł 28 gr (słownie: siedem tysięcy siedemset dwanaście złotych dwadzieścia osiem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie przed KIO, w tym kwotę 3 856 zł 14 gr (słownie: trzy tysiące osiemset pięćdziesiąt sześć złotych czternaście groszy) od wykonawcy R. H. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne R. H., ul. Buszkowo 75/2, 86-010 Koronowo oraz kwotę 3 856 zł 14 gr (słownie: trzy tysiące osiemset pięćdziesiąt sześć złotych czternaście groszy) od wykonawcy M. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych Ciągnikowo-Transportowych M. C., ul. Park Powstańców Wielkopolskich 5, 62-430 Powidz.

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

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 57/15 i KIO 59/15

Uzasadnienie

Nadleśnictwo Szubin, ul. Szubin Wieś 52, Szubin 89-200 wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Wykonawstwo usług z zakresu gospodarki leśnej planowanych do wykonania w 2015r. w Nadleśnictwie Szubin", nr SA-2710-6/2014.

Ogłoszenie zamówienia zostało dokonane 29.10.2014r Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

KIO 57/15

W dniu 31 grudnia 2014r. Odwołujący: Usługi Leśne R. H., ul. Buszkowo 75 lok. 2, Koronowo 60-010, zwany dalej Odwołującym, otrzymał zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 9 stycznia 2015r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności Zamawiającego z dnia 31.12.2014r. dotyczącej wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniach nr 2, 6, 7.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu :

1) wadliwy wybór najkorzystniejszej oferty:

a) oferty firmy Zakład Usług Leśnych - Gastronomia A. W. Kowalewo, ul. Szkolna 6, 89-200 Szubin w zadaniu nr 2 pomimo tego, iż oferta to winna zostać odrzucona z uwagi na błędy w obliczeniu ceny,

b) oferty firmy Zakład Usług Leśnych Zakładanie i Konserwacja Zieleni Handel W. P., Pturek 13, 88-190 Barcin w zadaniach 6 i 7 pomimo tego, iż oferty te winny zostać odrzucone z uwagi na błędy w obliczeniu ceny,

2) naruszenie art. 91 ust.1 w związku z art. 89 ust.1 pkt.6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z póź. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp poprzez wybór ofert, które w świetle obowiązujących przepisów oraz postanowień SIWZ winny zostać odrzucone,

3) naruszenie art. 89 ust.1 pkt. 6 ustawy Pzp w związku z art.3 ust.1 pkt. 1 ustawy o cenach oraz art. 41ust.1 i 2 ustawy o podatku od towarów i usług poprzez zaniechania odrzucenia ofert, zawierających błąd w obliczeniu ceny powstały w wyniku

---

nieuzasadnionego zastosowania preferencyjnej stawki podatku VAT 8%,

4) naruszenie art. 92 ust.1 w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty na poszczególne części w różnym czasie, według różnych kryteriów oceny, przed zakończeniem procesu badania i oceny ofert,

5) naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji określonych w art.7 Pzp ustawy poprzez dokonanie oceny ofert, które są nieporównywalne, gdyż zostały obliczone według różnych stawek podatkowych, w różny sposób, w odniesieniu do identycznego opisu przedmiotu zamówienia zawartego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, stosowanie różnych zasad oceny ofert w różnych pakietach, dyskryminację niektórych Wykonawców, w niektórych pakietach, którzy zastosowali prawidłową, wyższą stawkę podatkową.

Odwołujący wnosił o:

1) unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 31.12.2014r. tj. wyboru najkorzystniejszej oferty w pakietach nr 2,6,7,

2) odrzucenie ofert: - Zakład Usług Leśnych - Gastronomia A. W., Kowalewo, ul. Szkolna 6, 89-200 Szubin w zadaniu nr 2, - Zakład Usług Leśnych Zakładanie i Konserwacja Zieleni Handel W. P., Pturek 13, 88-190 Barcin w zadaniach 6 i 7,

3) wybór oferty Usługi Leśne R. H. Buszkowo 75/2, 86-010 Koronowo w zadaniach nr 2,6,7,

4) zasądzenie kosztów postępowania.

Odwołujący wskazując na posiadanie interesu prawny stwierdził, że złożył najkorzystniejszą ofertę, niepodlegającą odrzuceniu w zadaniach nr 2, 6, 7 powadzonego postępowania.

Zdaniem Odwołującego na skutek stosowania przez Zamawiającego różnych zasad oceny ofert w różnych pakietach Odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia w zadaniach 2,6,7 pomimo tego, iż zastosował prawidłową stawkę podatkową 23%.

Podniósł, że w innych pakietach nr 8, 9,12,13,18 Zamawiający dokonał już w dniu 12 grudnia 2014r. wyboru ofert z zastosowaniem stawki podatkowej 23% na te same usługi.

Według Odwołującego działanie Zamawiającego polegające na zmianie stanowiska w zakresie oceny zastosowanej stawki podatkowej w trakcie czynności oceny ofert i przyjęcie, iż właściwą stawką podatkową w pakietach 2, 6, 7 na te same czynności jest stawka podatku VAT 8%, a nie jak wcześniej ocenił w innych pakietach 23% wyrządza szkodę Odwołującemu.

Odwołujący zgłosił także wniosek ewentualny o unieważnienie całego postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt.7 w związku z art.146 ust.6 ustawy Pzp z uwagi na wadę postępowania uniemożliwiającego zawarcie ważnej umowy, bowiem nie jest możliwe zawarcie wielu umów na świadczenie tych samym usług leśnych w różnych okręgach z zastosowaniem dwóch różnych stawek podatkowych oraz wybieranie najkorzystniejszej oferty według dowolnych zasad niewynikających z SIWZ, ani obowiązujących przepisów.

KIO 59/15

W dniu 31 grudnia 2014r. Odwołujący: Zakład Usług Leśnych Ciągnikowo-Transportowych M. C., ul. Park Powstańców Wielkopolskich 5, Powidz 62-430, zwany dalej Odwołującym, otrzymał zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 9 stycznia 2015r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności Zamawiającego z dnia 31.12.2014r. dotyczącej wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 5.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu :

1) wadliwy wybór najkorzystniejszej oferty:

a) oferty Zakładu Usług Leśnych M. G., Niemcz, ul. Bydgoska 79,86-031 Osielsko pomimo tego, iż oferta to winna zostać odrzucona z uwagi na błędy w obliczeniu ceny,

2) naruszenie art. 91 ust.1 w związku z art. 89 ust.1 pkt.6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z póź. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp poprzez wybór oferty, która w świetle obowiązujących przepisów oraz postanowień SIWZ winna zostać odrzucona,

3) naruszenie art. 89 ust.1 pkt. 6 ustawy Pzp w związku z art.3 ust.1 pkt. 1 ustawy o cenach oraz art. 41ust.1 i 2 ustawy o podatku od towarów i usług poprzez zaniechania odrzucenia oferty, zawierającej błąd w obliczeniu ceny powstały w wyniku nieuzasadnionego zastosowania preferencyjnej stawki podatku VAT 8%,

4) naruszenie art. 92 ust.1 w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty na poszczególne części w różnym czasie,

według różnych kryteriów oceny, przed zakończeniem procesu badania i oceny ofert,

5) naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji określonych w art.7 Pzp ustawy poprzez dokonanie oceny oferty, która jest nieporównywalna, gdyż zostały obliczone według różnych stawek podatkowych, w różny sposób, w odniesieniu do

identycznego opisu przedmiotu zamówienia zawartego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, stosowanie różnych zasad oceny ofert w różnych pakietach, dyskryminację niektórych Wykonawców, w niektórych pakietach, którzy zastosowali prawidłową, wyższą stawkę podatkową.

Odwołujący wnosił o:

1) unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 31.12.2014r. tj. wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 5,

2) odrzucenie oferty Zakładu Usług Leśnych M. G., Niemcz, ul. Bydgoska 79,86-031 Osielsko Zakład Usług Leśnych w zadaniu nr 5,

3) wybór oferty Odwołującego w zadaniu nr 5,

4) zasądzenie kosztów postępowania.

Odwołujący wskazując na posiadanie interesu prawny stwierdził, że złożył najkorzystniejszą ofertę, niepodlegającą odrzuceniu w zadaniu nr 5 powadzonego postępowania.

Zdaniem Odwołującego na skutek stosowania przez Zamawiającego różnych zasad oceny ofert w różnych pakietach Odwołujący utracił możliwość uzyskania zamówienia w zadaniach 5 pomimo tego, iż zastosował prawidłową stawkę podatkową 23%.

Podniósł, że w innych pakietach nr 8, 9,12,13,18 Zamawiający dokonał już w dniu 12 grudnia 2014r. wyboru ofert z zastosowaniem stawki podatkowej 23% na te same usługi.

Według Odwołującego działanie Zamawiającego polegające na zmianie stanowiska w zakresie oceny zastosowanej stawki podatkowej w trakcie czynności oceny ofert i przyjęcie, iż właściwą stawką podatkową w pakietach 5 na te same czynności jest stawka podatku VAT 8%, a nie jak wcześniej ocenił w innych pakietach 23% wyrządza szkodę Odwołującemu.

Odwołujący zgłosił także wniosek ewentualny o unieważnienie całego postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt.7 w związku z art.146 ust.6 ustawy Pzp z uwagi na wadę postępowania uniemożliwiającego zawarcie ważnej umowy, bowiem nie jest możliwe zawarcie wielu umów na świadczenie tych samym usług leśnych w różnych okręgach z zastosowaniem dwóch różnych stawek podatkowych oraz wybieranie najkorzystniejszej oferty według dowolnych zasad niewynikających z SIWZ, ani obowiązujących przepisów.

KIO 57/15 i KIO 59/15

W ocenie Odwołującego(stanowisko przedstawione w obu sprawach przez tego samego pełnomocnika) uznanie przez Zamawiającego, iż obie stawki podatkowe są prawidłowe w stosunku do identycznego stanu faktycznego rażąco narusza obowiązujące przepisy i prowadzi do nieważności zawartych umów.

W swoim odwołaniu zwrócił uwagę, że zgodnie z rozdziałem III SIWZ pkt. 3.2 - 3.7 wykonanie usług dotyczy pozyskania, zrywki drewna, hodowli lasu w tym prace zagospodarowania Szkółki Leśnej Żarczyn, nasiennictwa, ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, zadrzewień, utrzymania urządzeń turystycznych i parkingów leśnych, zagospodarowania łowieckiego w OHZ nr 172, utrzymania dróg leśnych, utrzymania urządzeń wodno - melioracyjnych i przygotowania drewna do opalania kancelarii leśnictw.

Wyjaśnił, że przedmiot zamówienia został podzielony na 22 części według miejsca świadczenia usług: Pakiet 1- Leśnictwo Drogosław, Pakiet 2 -Leśnictwo Gąbin, Pakiet 3- Leśnictwo Jaktórka, Pakiet 4- Leśnictwo Kowalewo, Pakiet 5 Leśnictwo Łabiszyn, Pakiet 6 -

Leśnictwo Pszczółczyn, Pakiet 7 - Leśnictwo Załachowo, Pakiet 8- Leśnictwo Borek, Pakiet 9-Leśnictwo Dębogóra, Pakiet 10-Leśnictwo Glinki, Pakiet 11 -Leśnictwo Laskowice, Pakiet 12- Leśnictwo Nakło, Pakiet 13-Leśnictwo Tupadły, Pakiet 14-Leśnictwo Dziewierzewo, Pakiet 15- Leśnictwo Grzeczna Panna, Pakiet 16- Leśnictwo Studzienki, Pakiet 17- Leśnictwo Tur, Pakiet 18-Leśnictwo Ustronie, Pakiet 19- Leśnictwo Wieszki, Pakiet 20- Leśnictwo Żarczyn, Pakiet 21- gospodarka szkółkarska na terenie Szkółki Leśnej w Żarczynie, Pakiet 22- gospodarka łowiecka na terenie OHZ nr 172.

Zauważył również, że każdy z Wykonawców mógł złożyć ofertę maksymalnie na 3 części zamówienia, a szczegółowe wymagania związane z realizacją usług zostały określone w załączniku nr 23 do SIWZ- „Warunki techniczne wykonania prac".

Wskazał przy tym, że wykonawcy mieli obowiązek złożyć formularz oferty wg wzoru załącznika nr 24 do SIWZ oraz formularz cenowy wg wzoru załączników nr 1-22 do SIWZ- (zgodnie z pkt. 12.16 rozdział XII SIWZ).

Zaznaczył również, że w formularzu cenowym A należało podać stawkę jednostkową, wartość netto, stawkę podatku VAT, wartość brutto w odniesieniu do następujących czynności pozyskania drewna : - rębina Ib, rębina IIIa, podwóz mechaniczny, inne czynności GODZ MH, inne czynności GODZ MP, inne czynności GODZ RP, przygodne- rębne, przygodne-trzebieże późne, przygodne- trzebieże wczesne, trzebież późna pozytywna, trzebież wczesna pozytywna, zrywka mechaniczna.

Poza tym zwrócił uwagę, że określenie właściwej stawki podatku VAT w odniesieniu do poszczególnych czynności należało do obowiązków wykonawców na co wskazuje treść rozdziału XV opis sposobu obliczenia ceny pkt. 15.1- 15.3. SIWZ.

Zdaniem Odwołujący przedmiotem sporu jest ustalenie prawidłowej stawki podatku VAT dla czynności GODZ MP, co zgodnie z załącznikiem nr 23 do SIWZ str. 2 oznacza „ prace godzinowe z użyciem pojazdów mechanicznych - pomoc przy wyjeździe pojazdów z ładunkiem drewna w złych warunkach wywozowych. Wykonawca zapewnia środki mechaniczne umożliwiające wyjazd środków transportowych w złych warunkach wywozowych w czasie 24h od zgłoszenia takiej potrzeby przez Leśniczego.".

Odwołujący: Usługi Leśne R. H. przyznał, że zastosował na te czynności stawkę podstawową 23% w zadaniach nr 2,6,7, a Odwołujący: Zakład Usług Leśnych Ciągnikowo-Transportowych M. C. przyznał, że zastosował na te czynności stawkę podstawową 23% w zadaniach nr 5.

Podniósł okoliczność, że Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w kilku etapach - w dniu 12.12.2014.r wybrał on oferty wykonawców, którzy zastosowali na prace GODZ MP- pomoc środkom transportowym przy wyjeździe pojazdów z ładunkiem drewna w złych warunkach wywozowych na wezwanie Leśniczego stawkę podatku 23%.

Wskazał, że są to: Pakiet 8- Konsorcjum Dąb: Las-Pol Usługi Leśne R. H., Leśnik T. M. C. - formularz 8A, godz MP -VAT 23%, Pakiet 9,13- Usługi Leśne M. T. - formularz 8A,13A, godz. MP- VAT 23%, Pakiet 12,18- Przedsiębiorstwo Usług Leśnych Tartacznych A. K.- formularz 12A, 18A, godz. MP -VAT23%.

Wyjaśnił, że następnie w drugiej części wyboru najkorzystniejszych ofert w dniu 31.12.2014r. Zamawiający wybrał oferty wykonawców, którzy zastosowali na prace GODZ MP- pomoc środkom transportowym przy wyjeździe pojazdów z ładunkiem drewna w złych warunkach wywozowych na wezwanie Leśniczego stawkę podatku 23% w następujących pakietach: Pakiet Nr 1, 3 - Usługi Leśne K. H.- formularz 1 A, 3A, godz. MP -VAT 23%, Pakiet nr 14 - Zakład Prac Leśnych Usługi Wielobranżowe J. .- formularz 14A, godz. MP - VAT 23%, Pakiet nr 15- Przedsiębiorstwo Usług Leśno- Tartacznych A. K.- formularz 15A, godz. MP,- VAT 23%, Pakiet nr 16,19- Janlas Firma Usług Leśnych J. K., formularz 16A,19A,godz. MP- VAT 23%, Pakiet nr 17- Konsorcjum Dąb: Las-Pol Usługi Leśne R. H., Leśnik T. M. C.- formularz 17A, godz. MP-VAT 23%.

Podniósł okoliczność, że w pakietach, w których Odwołujący: Usługi Leśne R. H. złożył swoje oferty nr 2, 6, 7 oraz w pakiecie nr 4 i 5 oraz pakietach, w których Odwołujący: Zakład Usług Leśnych Ciągnikowo-Transportowych M. C. złożył swoje oferty nr 2, 4, 6, 7 Zamawiający postanowił uznać, iż właściwą stawką podatkową dla prac GODZ MP- pomoc środkom transportowym przy wyjeździe pojazdów z ładunkiem drewna w złych warunkach wywozowych na wezwanie Leśniczego - jest stawka podatkowa 8% i dokonał wyboru 3 wykonawców: Pakiet nr 2, 4- Zakład Usług Leśnych -Gastronomia A. W., Pakiet nr 5- Zakład Usług Leśnych M. G. Pakiet nr 6, 7 - Zakład Usług Leśnych- Zakładanie i Konserwacje Zieleni- Handel W. P. .

Odwołujący przypuszczał, iż dokonanie odmiennej oceny ofert w tych, a nie innych pakietach ma związek z wyżej wymienionymi osobami, w szczególności z osobą radnego Szubina A. W. .

Nadto zauważył, iż wszystkie pozostałe, nieodrzucone oferty zostały złożone na prace GODZ MP według stawki podatku VAT - 23% i są to: Pakiet 8 Usługi Leśne s.c Z.S., D.T., M.T., K.P., Pakiet 13- Janlas Firma Usług Leśnych J. K., Pakiet 4 - Usługi Leśne K. H., Pakiet 5 Zakład Usług Leśnych i Usług Ciągnikowo - Transportowych M. C., Pakiet nr 5- Rem-Las B. H. .

Wskazał, że wśród 17 pakietów, w których Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszych ofert w dniach 12.12.2014r. i 31.12.2014r. oprócz ofert A. W., M. G. oraz W. P. wpłynęły następujące oferty, w których zastosowano dla prac GODZ MP stawkę podatku 8%: Pakiet 9,14- Zakład Usług Leśnych P. M., Pakiet nr 2,5- Przedsiębiorstwo Wielobranżowe H. W., Pakiet nr 14- Usługi Leśne i Transportowe B. J., Pakiet nr 15,16,19- Zakład Usług Leśnych M. S. .

Zauważył przy tym, że wszystkie powyższe oferty zostały odrzucone na podstawie art.89 ust.1 pkt. 6 ustawy Pzp, oprócz pakietu nr 9 z uwagi na błąd w obliczeniu ceny.

Zaznaczył, że Zamawiający stwierdził, iż Wykonawcy Ci niesłusznie zastosowali preferencyjną stawkę podatku VAT, ale nie w zakresie prac GODZ MP pomoc środkom transportowym przy wyjeździe pojazdów z ładunkiem drewna w złych warunkach wywozowych na wezwanie Leśniczego, ale w zakresie utrzymania dróg leśnych - formularz ofertowy załącznik DR, oraz w zakresie utrzymania urządzeń wodno- melioracyjnych - formularz ofertowy załącznik M.

Według Odwołującego takie działanie Zamawiającego ewidentnie wskazuje, iż

Zamawiający dokonał oceny ofert nieporównywalnych z różnymi stawkami VAT, ponieważ uznał w niektórych pakietach za prawidłowe dwie różne stawki podatkowe dla identycznych czynności.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający odrzucił oferty z powodu błędów w obliczeniu ceny z uwagi na zastosowanie zaniżonej stawki podatkowej, ale uczynił to wybiórczo zarówno, co do wykonawców jak i co do czynności, w których dopuszczono się zaniżenia.

W ocenie Odwołującego wysokości zastosowanych przez wykonawców stawek podatkowych została dokonana przez Zamawiającego nierzetelnie.

Odwołujący stanął na stanowisku, że wobec zastosowania przez wykonawców różnych stawek podatkowych dla czynności GODZ MP pomoc środkom transportowym przy wyjeździe pojazdów z ładunkiem drewna w złych warunkach wywozowych na wezwanie Leśniczego /formularz A/, oraz dla innych czynności takich jak utrzymanie urządzeń wodno-melioracyjnych/formularz MJ, utrzymanie dróg leśnych / formularz DR/, przygotowanie drewna do opalania kancelarii /formularz OP/ Zamawiający winien przeprowadzić wyczerpujące postępowanie wyjaśniające i dokonać jednoznacznej oceny, która z zastosowanych stawek podatkowych jest stawką właściwą, a oferty wszystkich

wykonawców, którzy zastosowali niewłaściwe stawki podatkowe winny zostać odrzucone.

Zdaniem Odwołującego właściwą stawką podatkową dla powyższych czynności: GODZ MP pomoc środkom transportowym przy wyjeździe pojazdów z ładunkiem drewna w złych warunkach wywozowych na wezwanie Leśniczego /formularz A/, utrzymanie urządzeń wodno- melioracyjnych /formularz M/, utrzymanie dróg leśnych / formularz DR/, przygotowanie drewna do opalania kancelarii /formularz OP/jest stawka podatku VAT 23%.

Przestawił w tym zakresie argumentację prawną, podnosząc, że zgodnie z dyspozycją art.5 ust.1 pkt.1 ustawy z dnia 11.03.2004r.o podatku od towarów i usług (tj.Dz.U z 2011r.Nr 177poz.1054 ze zm.) opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług podlegają odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terenie kraju. W myśl art. 5a ww ustawy towary i usługi będące przedmiotem ww czynności, wymienione w klasyfikacjach wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej, są identyfikowane za pomocą tych klasyfikacji, jeżeli dla tych towarów lub usług przepisy ustawy lub przepisy wykonawcze wydane na jej podstawie powołują symbole statystyczne.

Dalej wywodził, że od 1.01.2011r. na potrzeby podatku VAT stosuje się Polską Klasyfikację Wyrobów i Usług wprowadzoną rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia

29.10.2008r. (Dz.U.Nr.207poz. 1293 ze zm.).

Wskazał, że podstawowa stawka podatku VAT zgodnie z art. 41ust.1 w związku z art. 146a pkt.1 i 2 ustawy o podatku od towarów i usług wynosi 23%. Natomiast dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stosownie do art. 41ust.2 w związku z art. 146a pkt. 2 ustawy o podatku od towarów i usług- stawka podatku wynosi 8%.

Zauważył, że pod poz. 137 załącznika nr 3 do ww ustawy mieszczą się usługi związane z leśnictwem -PKWiU ex 02.40.10, z wyłączeniem patrolowania lasów wykonywanego na zlecenie przez jednostki inne niż leśne /PKWiU 02.40.10.3/ oraz doradztwa w zakresie zarządzania lasami.

Zwrócił uwagę, że w grupowaniu 02.40.10 PKWIU z 2008r. zawarte są następujące usługi: 02.40.10.1 usługi związane z urządzeniem lasu, wyłączając inwentaryzacje leśne, oceny i aktualizacje, 02.40.10.2 usługi związane z zagospodarowaniem lasu, 02.40.10.3 usługi związane z ochroną lasu, wyłączając ochronę przed pożarami, 02.40.10.4 usługi związane z pozyskaniem drewna, włączając zrywkę i przemieszczenia drewna na terenie lasu, 02.40.10.9 pozostałe usługi związane z leśnictwem.

Zdaniem Odwołującego czynności GODZ MP pomoc środkom transportowym przy wyjeździe pojazdów z ładunkiem drewna w złych warunkach wywozowych na wezwanie Leśniczego nie można zaliczyć do usług związanych z pozyskaniem drewna, włączając zrywkę i przemieszczenie drewna na terenie lasu.

Powołał się na otrzymaną informację z Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 18.12.2014r. zgodnie, z którą z czynność „pomoc przy wyjeździe pojazdów z ładunkiem drewna w złych warunkach wywozowych polegająca na wyciąganiu /holowaniu/ samochodów z grząskiego gruntu” została zakwalifikowana do PKWiU 53.21.2 usługi wspomagające transport.

Dalej wskazał, że z załącznika nr 23 do SIWZ str 1-2 wynika, iż czynności pozyskania, zrywki, podwozu polegają m.in. na zrywce mechanicznej pozyskanego drewna do „składów przejściowych lub drogi „wywozowej” i układanie właściwe dla asortymentu. Podwóz drewna oraz jego ilość i miejsce składowania surowca ustala leśniczy. Podwiezione drewno powinno być przygotowane do wywozu.

Nadto zaznaczył, że w pkt. IV Zamawiający przewidział prace godzinowe wykonywane w pozyskaniu i zrywce 2” 1/ GODZ RP- prace godzinowe ręczne z pozyskania

drewna. 2/ GODZ MH- prace godzinowe z użycie pojazdów mechanicznych/ ciągniki, pojazdy specjalistyczne/ związane bezpośrednio z pozyskaniem i zrywką drewna 3/ GODZ MP- prace godzinowe z użyciem pojazdów mechanicznych- pomoc przy wyjeździe pojazdów z ładunkiem drewna w złych warunkach wywozowych. Wykonawca zapewnia środki mechaniczne umożliwiające wyjazd środków transportowych w złych warunkach wywozowych w czasie 2h od zgłoszenia takiej potrzeby przez Leśniczego.

Z powyższego opisu – zdaniem Odwołującego - wynika, iż usługa leśna świadczona przez wykonawcę kończy się na przygotowaniu drewna do wywozu.

Natomiast, w ocenie Odwołującego, ani z załącznika nr 23 do SIWZ ani z formularza ofertowego A nie wynika, by do obowiązków wykonawcy należał także wywóz- transport drewna.

Z powyższego wnioskował, iż w ramach czynności GODZ MP wykonawca ma świadczyć usługę wspomagającą wywóz drewna, wykonywany przez inny podmiot, gdzie usługa wykonawcy ma być wykonywana poprzez zastosowanie pojazdów mechanicznych, które będą holować środki transportowe innego podmiotu realizującego wywóz drewna do odbiorcy.

Podniósł również, że Zamawiający zwracając się do Głównego Urzędu Statycznego o nadanie wskazanym usługom symbolu wg klasyfikacji PKWiU w celu określenia właściwej stawki VAT wskazał we wniosku, iż prace godzinowe z użyciem pojazdów mechanicznych- pomoc przy wyjeździe pojazdów z ładunkiem drewna w złych warunkach wywozowych - mają miejsce po przekazaniu drewna odbiorcy, a więc po sprzedaży drewna i przekazania go przewoźnikowi celem przetransportowania do odbiorcy. Jeżeli wykonawca miałby w ramach usługi leśnej obowiązek transportowania drewna to odpowiadałby za należyte wykonanie transportu i zbędne byłyby zapisy w SIWZ o zapewnieniu samemu sobie pojazdów mechanicznych przystosowanych do holowania własnych środków transportowych.

Według Odwołującego zupełnie niezrozumiałym byłby wymóg, by wykonawca zamiast działać samodzielnie musiałby czekać z podjęciem czynności holowniczych na zgłoszenie od Leśniczego, bowiem zgodnie z §2 ust 4 wzoru umowy rozliczenie za wykonane prace następować będzie fakturami częściowymi na podstawie zlecenia wykonania prac podpisanego przez Leśniczego oraz protokołu odbioru ilościowo-jakościowego.

Wskazał również, że praktyce usługa holowania środka transportowego będzie osobno fakturowana po zakończeniu usług leśnych polegających m.in. na pozyskaniu zrywce i podwozie drewna, co podkreśla brak związku czynności GODZ MP z usługą leśną.

Odwołujący: R. H. oświadczył, że zwrócił się do Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszcz o wydanie indywidualnej interpretacji podatkowej na tle zaistniałego stanu faktycznego i stosowną interpretację Odwołujący przedłoży na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą. Odwołujący: M. C. przyznał powyższa okoliczność.

Powołał się również na okoliczność, że Zamawiający dokonując oceny ofert zwrócił się do wykonawców, o wyjaśnienie zasadności zastosowania obniżonej stawki podatkowej 8%.

Wszystkie odpowiedzi pozwalające na dokonanie merytorycznej oceny Zamawiający otrzymał do dnia 1.12.2014r., a zatem zupełnie niezrozumiałym jest, czemu Zamawiający podzielił czynności wyboru najkorzystniejszych ofert w poszczególnych pakietach i dokonał wyboru ofert w pięciu pakietach w dniu 12.12.2014r. a w dwunastu pakietach w dniu 31.12.2014r.

Podniósł również, że udzielając wyjaśnień w piśmie z dnia 1.12.2014r. p. Henryk Wiącek stwierdził, iż wobec braku aktualnych informacji zastosował stawkę podatku 8% dla usług określonych w załącznikach A,M,DR i wniósł o wskazanie sposobu poprawienia

ewentualnych błędów, a w piśmie z dnia 28.11.2014r. p. B. J. wyjaśnił, iż praca godzinowa z użyciem pojazdów mechanicznych nie jest usługą transportową, przygotowanie drewna do opalania kancelarii - usługa cięcia drewna, usługa mechaniczna- nie ma w opisie usługi transportowej.

Jednocześnie zauważył, że wykonawca ten załączył interpretację podatkową IPPP2/443-826/12-2/IŻ z Warszawy w zakresie utrzymania urządzeń wodno- melioracyjnych, nieadekwatną do opisu przedmiotu zamówienia, zawartego w SIWZ.

Nadto zwrócił uwagę, że w piśmie z dnia 29.11.2014r. p. P. M. wskazał na zapisy SIWZ, które zobowiązywały wykonawcę do samodzielnego ustalenia stawki podatku VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz powołał się na interpretację podatkową Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z dnia 9.03.2012r., nieadekwatną do opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ.

Zaznaczył także, że w piśmie z dnia 28.11.2014r. p. M. S. przedstawiła dwie

interpretacje podatkowe: Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z dnia 9.03.2012r., Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie bliżej nieokreśloną w zakresie 8% stawki podatkowej na utrzymanie dróg leśnych oraz utrzymanie urządzeń wodno- melioracyjnych, nieadekwatne do opisu przedmiotu zamówienia, zawartego w SIWZ.

Wskazał również, że w piśmie z dnia 26.11.2014r. p. P. W. powołał się na spotkanie w Nadleśnictwie z dnia 10.10.2014r., na którym padło stwierdzenie, iż stawka ma być 8%.

Zdaniem Odwołującego w trakcie całego postępowania nie padło na piśmie żadne zapytanie do SIWZ w zakresie wysokości stawki VAT, a Zamawiający nigdy nie zmienił SIWZ określając, iż prace polegające na pomocy przy wyjeździe pojazdów z ładunkiem drewna w złych warunkach wywozowych podlegają 8% stawce podatku VAT.

Zaznaczył, że ze złożonych ofert większość wykonawców zakwalifikowała ww czynność według stawki podatkowej 23%, a dodatkowo p. P. powołał się na interpretacje podatkowe nie adekwatne – w ocenie Odwołującego - do opisu przedmiotu zamówienia, zawartego w SIWZ twierdząc, iż zamówienie ogłoszone przez Nadleśnictwo obejmuje usługę kompleksową złożoną z szeregu czynności, które nie są usługami leśnymi, są one jednak niezbędne do wykonania usługi kompleksowej dotyczącą 1 pakietu- leśnictwa wykonywane przez jednego Wykonawcę: interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z dnia 13.03.2012r. dot. grodzenia upraw, interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z 15.06.2011r., interpretacja Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 15.03.2011r. dotycząca grodzenia upraw, wyrok KIO z dnia 17.01.2013r. dotyczący konserwacji ogrodzeń, pismo RDLP w Toruniu z 11.04.2013r. dotyczące konserwacji ogrodzeń.

Wskazał również, że w piśmie z dnia 28.11.2014r. p. A. W. powołał się na spotkanie w Nadleśnictwie z 10.10.2014r., na którym otrzymał informację, że stawka ma być 8% na pomoc przy wyjeździe pojazdów z ładunkiem drewna oraz na rozmowę z naczelnikiem i kierownikiem referatu w Urzędzie Skarbowym w Nakle, iż zastosowana stawka VAT 8% jest prawidłowa, zgodnie z interpretację Izby Skarbowej w Bydgoszczy z dnia 15.06.2011r.dotyczącą takich czynności jak: transport sadzonek ze szkółek leśnych położonych na terenie innych Nadleśnictw do miejsca ich posadzenia, grodzenie upraw leśnych celem ochrony przed zagryzaniem przez zwierzęta, transport choinek z miejsca pozyskania do leśniczówek lub innych miejsc wskazanych przez Nadleśnictwo, transport środków ochrony roślin z magazynów na powierzchnię poddawaną chemicznej ochronie.

Zauważył również, że w piśmie z dnia 28.11.2014r., p. M. G. uzasadnił, iż zastosował stawkę podatku VAT 8% dla czynności pomoc przy wyjeździe pojazdów z ładunkiem drewna

w złych warunkach wywozowych, gdyż jest to usługa kompleksowa, co potwierdza

interpretacja Izby Skarbowej w Bydgoszczy z 15.06.2011r.

W ocenie Odwołującego przywołane interpretacje podatkowe dotyczą tylko i wyłącznie stanu faktycznego przedstawionego przez wnioskodawcę i stanu prawnego obowiązującego w dacie zaistnienia zdarzenia.

Zdaniem Odwołującego wobec odmiennych stanów faktycznych nie można ich zastosować w niniejszej sprawie.

Powołał się na interpretację Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z dnia 15.06.2011r. ITPP1/443/454/11/IK, z której wynika rozumienie usługi kompleksowej: „Aby móc uznać ,iż dana usługa jest usługą złożoną winna składać się ona z różnych świadczeń, których realizacja prowadzi jednak do jednego celu. Na usługę złożoną składa się więc kombinacja różnych czynności, prowadzących do realizacji określonego celu - do wykonania świadczenia głównego, na które składają się różne świadczenia pomocnicze. Natomiast usługę należy uznać za pomocniczą, jeśli nie stanowi ona celu samego w sobie, lecz jest środkiem do pełnego zrealizowania lub wykorzystania usługi zasadniczej. Pojedyncza usługa traktowana jest zatem jako element usługi kompleksowej wówczas, jeżeli cel świadczenia usługi pomocniczej jest zdeterminowany przez usługę główną oraz nie można wykonywać lub wykorzystywać usługi głównej bez usługi pomocniczej. Co do zasady każde świadczenie dla celów opodatkowania podatkiem VAT powinno być traktowane, jako odrębne i niezależne, jednak gdy jedna usługa obejmuje z ekonomicznego punktu widzenia kilka świadczeń, usługa ta nie powinna być sztucznie dzielona dla celów podatkowych. Zatem, z ekonomicznego punktu widzenia usługi nie powinny być dzielone dla celów podatkowych, wówczas, gdy tworzyć będą jedną usługę kompleksową obejmującą kilka świadczeń pomocniczych. Jeżeli jednak w skład świadczonej usługi wchodzić będą czynności, które nie służą wyłącznie wykonaniu czynności głównej, zasadniczej, lecz mogą mieć również charakter samoistny, to wówczas nie ma podstaw dla traktowania ich, jako elementu usługi kompleksowej.”

Według Odwołującego, dysponując takimi wyjaśnieniami wykonawców Zamawiający postanowił dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 12.12.2014r, w pakietach nr 8,9,12,13,18, pomimo nierozstrzygnięta wątpliwości co do wysokości stawki podatku VAT.

Dostrzegł również fakt, że po wyborze Zamawiający postanowił zwrócić się do Głównego Urzędu Statystycznego w Łodzi o nadanie opisanym usługom: A- Przygotowanie drewna do kancelarii, B- Utrzymanie urządzeń wodno-melioracyjnych, C-utrzymanie dróg

leśnych, D- Pomoc przy wyjeździe pojazdów z ładunkiem drewna w złych warunkach wywozowych, po przekazaniu drewna odbiorcy, symbolu wg klasyfikacji PKWiU w celu określenia właściwej stawki VAT na powyższe usługi.

W następstwie tego wystąpienia pismem z dnia 22.12.2014r. Główny Urząd Statystyczny Departament Metodologii, Standardów i Rejestrów w Warszawie dokonał następującej kwalifikacji: PKWIU 02.20.1 Drewno nieobrobione- pocięcie drewna, załadunek, dowóz, rozładunek na terenie siedziby leśnictwa, PKWiU 02.40.10 Usługi związane z leśnictwem - usługi związane z zagospodarowaniem zieleni na terenie leśnym, utrzymanie i remonty szlaków zrywkowych i dróg leśnych niedopuszczonych do ruchu publicznego, przeznaczonych wyłącznie na potrzeby gospodarki leśnej, pozyskanie i zrywka drewna, transport drewna, pomoc pojazdom z ładunkiem drewna przy wyjeździe, polegająca np. na holowaniu na terenie lasu, PKWiU 42.21.23.0 Roboty ogólnobudowlane związane z budową systemów irygacyjnych /kanałów/ magistrali i linii wodociągowych, obiektów do uzdatniania wody i oczyszczania ścieków oraz stacji pomp - kompleksowe prace związane z utrzymaniem urządzeń melioracyjnych i rowów, PKWiU 42.11.20.0 Roboty ogólnobudowlane związane z budową autostrad, dróg, ulic i innych dróg dla pojazdów i pieszych oraz budową pasów startowych- roboty budowlane związane z utrzymanie/ w tym naprawy i konserwacje/ dróg biegnących przez tereny leśne oraz kompleksowe usługi związane z utrzymaniem dróg biegnących przez tereny leśne, obejmujące zarówno roboty budowlane jak i związane z tym wycinanie poszycia i krzewów znajdujących się w skrajni drogi, PKWiU 49.41.1 Transport

drogowy towarów- transport kruszyw, przewóz materiałów z ukopu, PKWiU 52.21.2. Usługi wspomagające transport drogowy- pomoc pojazdom z ładunkiem drewna przy wyjeździe, polegająca np. na holowaniu.

Zdaniem Odwołującego z powyższej odpowiedzi GUS wynika, iż czynności polegające na pomocy pojazdom z ładunkiem drewna przy wyjeździe wykonywane na innych terenach niż leśne, co ma miejsce w niniejszej sprawie, nie są czynnościami w ramach usługi leśnej.

Zauważył, że w informacji o odrzuceniu ofert z dnia 31.12.2014r. skierowanej do M. S. P.M., B.J., H.W. Zamawiający wyraźnie wskazał, iż „podczas analizy treści oferty stwierdził zastosowanie obniżonej stawki VAT w wysokości 8% na usługi: - w formularzach cenowych załącznika A- na prace godzinowe z użyciem pojazdów mechanicznych- pomoc przy wyjeździe pojazdów z ładunkiem drewna w złych warunkach wywozowych - w formularzach ofertowych załącznik M- na utrzymanie urządzeń wodno-melioracyjnych - w formularzach ofertowych załącznik DR- na utrzymanie dróg leśnych - w formularzach ofertowych załącznik OP- na przygotowanie drewna do opalania kancelarii. W związku z tym,

iż zdaniem Zamawiającego usługi te winny być opodatkowane stawką podatkową 23% wezwał wykonawców w dniu 26.11.2014r. do wyjaśnienia zastosowanych stawek podatku.”.

W świetle takiego stwierdzenia wzbudziło wątpliwości Odwołującego, dlaczego Zamawiający dokonał oceny ofert w taki sposób, iż odrzucił ww wykonawców z powodu błędu w obliczeniu ceny, ale tylko w przypadku utrzymania urządzeń wodno- melioracyjnych oraz utrzymania dróg leśnych.

Niezrozumiałym dla Odwołującego jest, czemu Zamawiający nie odrzucił ofert z powodu zaniżenia stawki podatku dla czynności pomoc przy wyjeździe pojazdów z ładunkiem drewna.

Zwrócił również uwagę, że Zamawiający uznał za prawidłową stawkę podatku VAT 8% na przygotowanie drewna do opalania Kancelarii tylko w pakietach nr 5,3,14,15,16,19 i nie zaniechał odrzucenia oferty wszystkich pozostałych wykonawców, którzy zakwalifikowali tą usługę według stawki VAT 23%, w tym również wykonawców M. G., A. W., W. P. .

Wyjaśnił również, że Zamawiający wskazał, iż zwrócił się ponownie do GUS z wnioskiem o nadanie symbolu PKWiU, gdyż zdaniem Zamawiającego wykonanie tej usługi nie stanowi jednocześnie dostawy produktów, lecz są usługą wykonywaną na potrzeby utrzymania kancelarii leśnictwa bez sprzedaży produktu.

Według Odwołującego Zamawiający nie otrzymał odpowiedzi i nie rozstrzygnął ostatecznie, która ze stawek podatkowych na przygotowanie drewna do opalania kancelarii jest prawidłowa dokonał wyboru ofert w dniach 12.12.2014r. i 31.12.2014r. tj. przed zakończeniem procesu badania i oceny ofert i uznał za prawidłową stawkę podatku 8% na pomoc przy wyjeździe pojazdów z ładunkiem drewna, ale tylko w stosunku do ww wykonawców, których oferty odrzucił oraz w stosunku do p. A.W., M.G., W. P., a nie odrzucił wszystkich pozostałych wykonawców, którzy zaoferowali stawkę podatku 23%.

Zdaniem Odwołującego takie działania Zamawiającego dyskryminują poszczególnych wykonawców, nie można ustalić, jakimi kryteriami Zamawiający kierował się dokonując oceny prawidłowości zastosowanych stawek podatku VAT.

Ustawa nie definiuje przy tym pojęcia „ błąd w obliczeniu ceny”. Niemniej jednak przyjmuje się, iż błędem w obliczeniu ceny jest błąd polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia, wynikający np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego. Tak więc błąd w obliczeniu ceny oferty ma miejsce wówczas, gdy Wykonawca oblicza cenę oferty

inaczej, niż zostało to ustalone przez Zamawiającego.”- wyrok KIO z dnia 16.05.2014r. KIO

990/13.

W przedmiotowym postępowaniu oferty wykonawców p. A.W., M. G., W. P. powinny być również odrzucone na zasadzie art. 89 ust 1.pkt.6 ustawy Pzp, z powodu wystąpienia w tych ofertach błędu w obliczeniu ceny, gdyż wykonawcy ci przyjęli do obliczenia stawki podatku VAT niewłaściwy stan faktyczny, niewynikający z załącznika nr 23 do SIWZ.

Nie sposób uznać – w ocenie Odwołującego - za kompleksową usługę leśną wykonywaną przez wykonawcą na rzecz Zamawiającego czynność polegającą na pomocy pojazdom z ładunkiem drewna przy wyjeździe np. holowaniu, po przekazaniu / sprzedaży / drewna odbiorcy.

Wskazał, że pomoc jest świadczona przewoźnikowi, który transportuje sprzedane drewno od Zamawiającego do odbiorcy. Jeżeli jego środki transportowe utkną przy wywozie to obowiązkiem wykonawcy będzie użyć swoich pojazdów mechanicznych, aby pomóc pojazdom z ładunkiem sprzedanego drewna wyjechać.

Zauważył, że rozliczenie za taką usługę będzie następować zawsze osobnym protokołem odbioru na podstawie odrębnego zlecenia leśniczego niezależnie od wcześniejszych zleceń i protokołów odbioru pozostałych usług leśnych.

Wobec powyższego Odwołujący wnosili jak na wstępie o przywrócenie stanu zgodnego z prawem poprzez odrzucenie ofert wykonawców, zawierających błędy w obliczeniu ceny.

Ewentualnie Odwołujący wnosił o unieważnienie postępowania przeprowadzonego niezgodnie z art. 89 ust.1 pkt. 6 w związku z art. 7 ustawy Pzp, co miało wpływ na wynik postępowania, ogłoszonego w dniach 12.12.2014r. i 31.12.2014r.

W sprawie o sygn. akt KIO 57/15 wykonawcy Zakład Usług Leśnych - Gastronomia A. W. i Zakład Usług Leśnych Zakładanie i Konserwacja Zieleni- Handel W. P., zwani dalej Przystępującymi, w dniu 16 stycznia 2015r. zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść złożonych przez Przystępujących ofert i oferty Zakładu Usług Leśnych M. G., Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, zgłoszeń przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego z dnia 16 stycznia 2015r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 23 stycznia 2015r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez pełnomocników stron wyjaśnień i pism, Izba postanowiła oba odwołania oddalić.

Odwołania nie zawierały braków formalnych, wpis został przez Odwołujących uiszczony, zatem podlegały one rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do ich odrzucenia.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska, a Zamawiający wnosił o ich oddalenie w całości.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba stwierdziła, że nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7, art. 89 ust 1 pkt 6, art.91 ust.1, art.92 ust.1 w związku z art.87 ust.1 powołanej wyżej ustawy Pzp oraz innych przepisów obowiązującego prawa.

Istotnym zagadnieniem prawnym wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia ofert Przystępujących oraz wykonawcy: Zakładu Usług Leśnych M. G. z powodu zaoferowania przez nich ceny zawierającej błąd w jej obliczeniu.

Izba ustaliła, że Zamawiający w załączniku nr 23 do SIWZ lit. A. Pozyskiwanie, Zrywka i Podwóz Drewna w rozdziale IV Prace „godzinowe" wykonywane w pozyskiwaniu i zrywce drewna w pkt.3 określił jako „prace godzinowe z użyciem pojazdów mechanicznych - pomoc przy wyjeździe pojazdów z ładunkiem drewna w złych warunkach wywozowych. Wykonawca zapewnia środki mechaniczne umożliwiające wyjazd środków transportowych w złych warunkach wywozowych w czasie 24h od zgłoszenia takiej potrzeby przez Leśniczego. Usługi te będą zlecane w zależności od bieżących potrzeb.".

Izba stwierdziła również, że w SIWZ dla spornych pakietów 2, 5, 6, 7 Zamawiający opracował wzory formularz cenowych(vide: rozdział XXIII. Załączniki do SIWZ).

Nadto Izba ustaliła, że zaskarżeni odwołaniem wykonawcy złożyli przy swoich ofertach formularze cenowe oferty zał. Nr A do oferty, gdzie w kodzie grupy czynności: POZ-P o nazwie: inne czynności GODZ MP wpisali 8% stawki podatku VAT.

Przedmiotem sporu pomiędzy stronami jest wysokość zadeklarowanych w formularzach cenowych stawek podatku VAT, które według Odwołujących powinny być stawkami 23%.

Rozpoznając przedmiotową sprawę Izba uznała, że podane przez wykonawców konkurencyjnych wobec Odwołujących stawki podatku VAT w wysokości 8% zostały określone prawidłowo, a w konsekwencji określone w tych ofertach ceny nie zawierały błędów w jej obliczeniu.

Zgodnie z art.42 ust.2 ustawy o podatku od towarów i usług z dnia 11 marca 2004 r. (Dz.U. Nr 54, poz. 535 ze zm.), zwanej dalej ustawą o VAT, tekst jednolity z dnia 29 lipca 2011 r. (Dz.U. Nr 177, poz. 1054) dla towarów i usług, wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stawka podatku wynosi 8%, z zastrzeżeniem ust. 12 i art. 114 ust. 1, której wysokość wynika z przepisu art. 146a pkt.2 powołanej wyżej ustawy, który stanowi, że w okresie od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia 31 grudnia 2016 r., z zastrzeżeniem art. 146f stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 2, art. 120 ust. 2 i 3 oraz w tytule załącznika nr 3 do ustawy, wynosi 8%.

Powyższa stawka ma charakter przejściowy i obowiązuje w okresie od dnia 1 stycznia 2011 r. do dnia 31 grudnia 2016 r., z zastrzeżeniem art.146f niniejszej ustawy i wynosi 8 %, zgodnie z art. 146a pkt 2 nin. ustawy.

Natomiast załącznik 3 do cyt. wyżej ustawy zawiera Wykaz towarów i usług, opodatkowanych stawką podatku w wysokości 8%.

W pozycji 137 tegoż wykazu, jako symbol PKWiU występuje - ex 02.40.10 o nazwie usługi związane z leśnictwem, z wyłączeniem: patrolowania lasów wykonywanego na zlecenie przez jednostki inne niż leśne (PKWiU ex 02.40.10.3) oraz doradztwa w zakresie zarządzania lasami.

Według zapatrywania Izby wskazane w ofercie wykonawców prace „godzinowe" wykonywane w pozyskiwaniu i zrywce drewna będące „pracami godzinowymi z użyciem pojazdów mechanicznych - pomoc przy wyjeździe pojazdów z ładunkiem drewna w złych

warunkach wywozowych mieszczą się w usłudze związanej z leśnictwem, z wyłączeniem: patrolowania lasów wykonywanego na zlecenie przez jednostki inne niż leśne (PKWiU ex 02.40.10.3) oraz doradztwa w zakresie zarządzania lasami.

Zdaniem Izby przedmiotowa usługa jest usługą pomocniczą ściśle związaną z usługą podstawową, jaką jest usługa wymieniona w poz.137 załącznika nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług i stanowi ona usługę związaną z leśnictwem w rozumieniu przepisów ustawy VAT.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołujących, opartego o treść pisma Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 18 grudnia 2014r., znak spr.: OKN – 5672/KU – 4067/2014, gdzie dokonano zgrupowania usługi pomocy przy wyjeździe pojazdów z ładunkiem drewna w złych warunkach wywozowych, polegającą na wyciąganiu(holowaniu) samochodów z grząskiego gruntu, jako PKWiU 52.21.2 – Usługi wspomagające transport, lecz oparła się na aktualnej klasyfikacji Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 22 grudnia 2014r., l.dz.MS-02-12-5672/KU-125/2014/4003, gdzie stwierdzono, że pozyskiwanie i zrywka drewna, transport drewna, pomoc pojazdom z ładunkiem drewna przy wyjeździe, polegająca np. na holowaniu, na terenie lasu mieści się w grupowaniu PKWiU 02.40.10 Usługi związane z leśnictwem.

Izba powyższą własną ocenę prawną spornej stawki VAT wyprowadziła również z analizy interpretacji indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z dnia 26 stycznia 2015r., ITPP1/443-1502/14/BK wydanej na tle bardzo zbliżonego stanu faktyczno – prawnego, która była jednak – według Izby - wydana w oparciu o sugestię wnioskodawcy nieuwzględniającą postanowień SIWZ.

Wnioskodawca – R. H. poinformował organ, że „Czynność pomocy przy wyjeździe pojazdów z ładunkiem drewna, który utknął w złych warunkach wywozowych przy pomocy innego pojazdu mechanicznego jest czynnością samodzielną, sporadyczną, niezwiązaną bezpośrednio z pozyskaniem, zrywką drewna, która to czynność może być świadczona przez firmę niezajmującą się w zakresie podstawowej działalności gospodarką leśną.”.

W ocenie Izby ta informacja była nie odpowiadała treści z załącznika nr 23 do SIWZ lit. A. Pozyskiwanie, Zrywka i Podwóz Drewna, rozdział IV Prace „godzinowe” wykonywane w pozyskiwaniu i zrywce drewna, gdzie Zamawiający w pkt.3 określił „prace godzinowe z użyciem pojazdów mechanicznych - pomoc przy wyjeździe pojazdów z ładunkiem drewna w złych warunkach wywozowych. Wykonawca zapewnia środki mechaniczne umożliwiające wyjazd środków transportowych w złych warunkach wywozowych w czasie 24h od

zgłoszenia takiej potrzeby przez Leśniczego. Usługi te będą zlecane w zależności od bieżących potrzeb.”.

Z powyższych postanowień SIWZ wynika jednoznacznie, że wyżej wskazane prace godzinowe z użyciem pojazdów mechanicznych wykonywane są przy pozyskiwaniu i zrywce drewna, a nie jak zadeklarował wnioskodawca – Odwołujący (R. H.) do Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy informując go, że czynność ta nie jest bezpośrednio związana z pozyskaniem czy zrywką drewna.

Jednocześnie należy wskazać, że opinia Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 22 stycznia 2015r., OKN-5672/KU-4067/1/2014, również powołuje się na klasyfikację PKWiU 02.40.10 – Usługi związane z leśnictwem.

W ocenie Izby obowiązujące prawo nie dokonuje rozróżnienia pomiędzy związkiem pośrednim i bezpośrednim w stosunku do usługi leśnej, a powołane przepisy prawno podatkowe wymagają wykazania jedynie związku z tymi usługami nie przewidując warunków, w jakich takie związanie miałoby wystąpić.

Izba reprezentuje pogląd, że sporna czynność holowania pojazdu prowadzona na terenie lasu, służąca usunięciu drewna z lasu nie jest usługą wspomagającą transport, lecz usługą związaną z leśnictwem.

W kontekście powyższego należy zauważyć, że zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach trwale zrównoważoną gospodarkę leśną prowadzi się według planu urządzenia lasu lub uproszczonego planu urządzenia lasu, z uwzględnieniem w szczególności następujących celów:

1) zachowania lasów i korzystnego ich wpływu na klimat, powietrze, wodę, glebę, warunki życia i zdrowia człowieka oraz na równowagę przyrodniczą;

2) ochrony lasów, zwłaszcza lasów i ekosystemów leśnych stanowiących naturalne fragmenty rodzimej przyrody lub lasów szczególnie cennych ze względu na:

a) zachowanie różnorodności przyrodniczej,

b) zachowanie leśnych zasobów genetycznych,
c) walory krajobrazowe,
d) potrzeby nauki;
3) ochrony gleb i terenów szczególnie narażonych na zanieczyszczenie lub uszkodzenie oraz o specjalnym znaczeniu społecznym;
4) ochrony wód powierzchniowych i głębinowych, retencji zlewni, w szczególności na obszarach wododziałów i na obszarach zasilania zbiorników wód podziemnych;

5) produkcji, na zasadzie racjonalnej gospodarki, drewna oraz surowców i produktów ubocznego użytkowania lasu.

W ocenie Izby właśnie posiadany przez Państwo przymiot prowadzenia gospodarki leśnej, w tym produkcji drewna przesądza o charakterze prawnym tej czynności pomocniczej przy prowadzeniu gospodarki leśnej, która w swojej istocie jest kompleksowa.

Jednocześnie z racji incydentalnego występowania tej usługi cząstkowej, która – w ocenie Izby - jest jednak istotna dla zachowania spójności prowadzonej gospodarki leśnej, a także ma na celu ochronę lasu(unieruchomiony pojazd na drodze leśnej nie może tworzyć trwałego elementu krajobrazu lasu i musi być z niego niezwłocznie usunięty) należy uznać, że czynność ta jest związana z leśnictwem, a nie transportem.

Izba wzięła również pod uwagę wyjaśnienia Zamawiającego, który oświadczył, że usługi te wykonywane są jedynie na terenie lasu i nie na drogach publicznych.

Ostatecznie należy również wyraźnie wskazać, że Zamawiający nie przewidział w rozdziale III pkt.3.8 SIWZ kodu CPV dla usługi związanej z transportem, co również potwierdza charakter spornej usługi, jako związanej z leśnictwem.

Z powyższych względów Izba nie mogła dopatrzeć się błędu w obliczeniu ceny, skoro zadeklarowana stawka wykonawców konkurencyjnych odpowiadała działalności związanej z leśnictwem i wynosiła 8%.

Jednocześnie Izba nie wykluczyła możliwości posłużenia się stawką 23% przez tych wykonawców, którzy pozostawali w przekonaniu, w dobrej wierze, że SIWZ dopuszczał również cząstkowe świadczenie holowania na drodze publicznej w obrębie lasu.

W powyższym zakresie mogą być oni związani wydaną w sprawie interpretacją indywidualną, o której wyżej mowa.

W przyszłości jednak te wszystkie wątpliwości dotyczące zakresu świadczonej usługi, a także stawki podatku VAT wykonawcy winni wyjaśniać z Zamawiającym na etapie tworzenia SIWZ, a nie w warunkach umożliwiających nierówne traktowanie innych przedsiębiorców biorących udział w przetargu, dopiero na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Na marginesie tego rozstrzygnięcia Izba zaznacza, stosując się do wskazania zawartego w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011r., sygn. akt III CZP 52/11, że skutki prawne oceny stawki podatku VAT nie przesądzają dalej idących konsekwencji jurydycznych, zwłaszcza w płaszczyźnie publicznoprawnej, tj. nie mają rozstrzygającego znaczenia w sferze zobowiązań podatkowych wykonawców wobec Skarbu Państwa, już po zawarciu i wykonaniu umowy z zamawiającym.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, postanowiła oba odwołania oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i

sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący:……