

WYROK
z dnia 9 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Ewa Sikorska
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Renata Łuba

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Jarosława Kliszko, prowadzącego działalność gospodarczą oznaczoną jako Przedsiębiorstwo Usług Leśnych i Sprzedaży Drewna Jarosław Kliszko, 62-053 Pecna, ul. Lipowa 7/2** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Lasy Państwowe Nadleśnictwo Grodzisk Mazowiecki z siedzibą w Lasówkach, 62-065 Grodzisk Wielkopolski** protestu z dnia 17 grudnia 2009 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Jarosława Kliszko, prowadzącego działalność gospodarczą oznaczoną jako Przedsiębiorstwo Usług Leśnych i Sprzedaży Drewna Jarosław Kliszko, 62-053 Pecna, ul. Lipowa 7/2**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Jarosława Kliszko, prowadzącego działalność gospodarczą oznaczoną jako Przedsiębiorstwo Usług**

**Leśnych i Sprzedaży Drewna Jarosław Kliszko, 62-053 Pecna,
ul. Lipowa 7/2,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 546 zł 74 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset czterdzieści sześć złotych siedemdziesiąt cztery grosze) przez **Jarosława Kliszko, prowadzącego działalność gospodarczą oznaczoną jako Przedsiębiorstwo Usług Leśnych i Sprzedaży Drewna Jarosław Kliszko, 62-053 Pecna, ul. Lipowa 7/2,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Jarosława Kliszko, prowadzącego działalność gospodarczą oznaczoną jako Przedsiębiorstwo Usług Leśnych i Sprzedaży Kliszko, 62-053 Pecna, Drewna Jarosław ul. Lipowa 7/2.**

Uzasadnienie

W przetargu nieograniczonym, prowadzonym przez Lasy Państwowe Nadleśnictwo Grodzisk z siedzibą w Lasówkach na „Usługi z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Grodzisk w 2010 roku” wykonawca - Jarosław Kliszko, prowadzący działalność gospodarczą oznaczoną jako Przedsiębiorstwo Usług Leśnych i Sprzedaży Drewna, zwany dalej protestującym lub odwołującym, złożył protest na czynność odrzucenia przez zamawiającego złożonej przez niego oferty, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, poprzez niezgodne z przepisami dokonanie odrzucenia oferty protestującego oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w pakiecie nr IV.

Protestujący podniósł, że wybrana oferta nie tylko nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, ale winna też podlegać odrzuceniu na mocy art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp (zastosowanie niezgodnych z przepisami ustawy o podatku VAT - stawek podatku VAT przy obliczeniu ceny oferty). W ocenie protestującego w przedmiotowym postępowaniu prawidłową stawką podatku VAT jest stawka 7 %.

Podał, że w części 16 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) pn. „Opis sposobu obliczenia ceny” wskazano na obowiązek uwzględnienia przez wykonawców

podatku VAT w obliczeniu ceny oferty i zgodnie z tym zaleceniem oraz obowiązującymi w tym zakresie właściwymi przepisami podatkowymi protestujący przedstawił ofertę z zastosowaniem obowiązującej dla tego rodzaju usług stawki - 7 % podatku VAT.

Wskazał, iż podstawową zasadą przy realizacji usług kompleksowych z zakresu usług i czynności opisanych przez zamawiającego dla przedmiotu zamówienia jest zasada poprawności kwalifikacji oraz zastosowania stawek podatku VAT przez podatników, jakimi są uczestniczący w postępowaniu o zamówienie publiczne wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne.

Podniósł, że w przypadku usług, na które składa się m.in. zakres rzeczowy, czy też kombinacja różnych czynności, cała usługa powinna być sklasyfikowana tak jakby składała się z usługi, która nadaje całości zasadniczy charakter (większościowy udział świadczenia zasadniczego nad pomocniczym). Zdaniem protestującego powyższe znajduje potwierdzenie w opisie przedmiotu zamówienia wskazującym na jego przedmiotowy zakres, w którym to: utrzymanie urządzeń melioracyjnych oraz utrzymanie dróg leśnych stanowiących niewiele ponad 1 % zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia publicznego jest konsekwencją realizacji zakresu podstawowego.

Powolał się na wyroki: wyrok z dnia 26 czerwca 2007 r. o sygn. akt: UZP/ZO-733/07, wyrok z dnia 21 lutego 2008 r. o sygn. akt: KIO/UZP 92/08, wyrok z dnia 2 września 2008 r. o sygn. akt: KIO/UZP 854 /08, z dnia 13.06.2003 r. o sygn. akt: V Ca 222/03, z dnia 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 Card Protection Plan Ltd. (CPP) przeciwko Commissioners of Customs & Excise).

Protestujący wskazał, że zastosowanie w obliczeniu ceny oferty, niezgodnie z obowiązującymi w tym zakresie prawem (przyjmując za wskazówkę tylko informacje zamawiającego wprowadzającego dla przedmiotu obliczenia ceny ofert zróżnicowane stawki podatku VAT), błędnej stawki podatku VAT doprowadziłoby do naruszenia przez podatnika przepisów, a zwłaszcza ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o podatku VAT.

Zamawiający protest oddalił, wskazując, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający ustalił, jakie stawki podatku VAT należy stosować i poinformował o tym w Rozdziale 16 SIWZ wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wyjaśnił, że we wskazanym Rozdziale podał, iż według jego wiedzy należy stosować stawkę podatku VAT 22% - na utrzymanie dróg leśnych i na utrzymanie urządzeń melioracyjnych. Zamawiający zaznaczył, iż w związku z zastosowaniem innej stawki VAT przez zwycięskie konsorcjum i protestującego nie miał obowiązku wszczynania postępowania wyjaśniającego, gdyż zamawiający już wcześniej wskazał, jaka stawka jego zdaniem obowiązuje. Podniósł, że jeżeli protestujący miał wątpliwości, co do ustalonej przez zamawiającego stawki VAT mógł zwrócić się do niego z prośbą o wyjaśnienie tej kwestii przed otwarciem ofert.

Zamawiający wyjaśnił, że nie może potraktować wszystkich czynności, jakie w ramach przedmiotu zamówienia ma wykonywać wykonawca jako jednej usługi podlegającej opodatkowaniu jednolitą stawką VAT ze względu na zróżnicowany charakter oraz zakres świadczonych czynności. Wskazał, iż pojedyncze świadczenie występuje wówczas, gdy jedną część lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, a inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze. Natomiast usługę należy uznać za pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeżeli nie stanowi ona dla zamawiającego celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykonania usługi zasadniczej. Wyjaśnił także, że w ramach pakietu nr IV wykonawca zobowiązany jest do wykonania prac leśnych w zakresie pozyskania i zrywki drewna, ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, melioracji

wodnych i utrzymania dróg leśnych, wobec czego nie można mówić o jednej (kompleksowej) usłudze, na którą składają się wszystkie czynności wykonywane przez wykonawcę na rzecz zamawiającego, gdyż każda z usług składających się na przedmiot zamówienia ma odmienny cel i charakter, w rezultacie należy rozpatrywać je odrębnie i opodatkować stawkami VAT właściwymi dla danej usługi. Tym samym, zdaniem zamawiającego, nie można zgodzić się, iż usługi, jakie w ramach przedmiotu zamówienia ma wykonywać wykonawca tworzą obiektywnie, w aspekcie gospodarczym jedną całość, a ich rozdzielenie miałoby sztuczny charakter. Usługi utrzymania dróg leśnych, jak również usługi utrzymania urządzeń melioracyjnych mogą być świadczone niezależnie od usług pozyskania i zrywki drewna, ochrony lasu, hodowli lasu, jak również ochrony przeciwpożarowej lasu, a zatem usługi te nie są niezbędne do ich wykonania, nie mają w stosunku do nich pomocniczego charakteru.

Zamawiający wskazał także, że ciężar udowodnienia faktu, tj. prawidłowości zastosowania stawki VAT w rozpatrywanym przypadku spoczywa na protestującym (art. 6 k.c.), tymczasem przedstawione przez protestującego w niniejszej sprawie pisma nie są wystarczającym dowodem na potwierdzenie okoliczności zastosowania przez protestującego prawidłowej stawki VAT na usługi związane z utrzymaniem dróg leśnych i utrzymaniem urządzeń melioracyjnych, ponieważ do ustalenia, jaka stawka VAT będzie miała zastosowanie w danym przypadku, istotny jest stan faktyczny konkretnego przypadku, a protestujący nie posiada indywidualnej interpretacji wydanej w tej konkretnej sprawie przez organ uprawniony do wydawania interpretacji w sprawach podatkowych, natomiast swoje zarzuty opiera na decyzjach wydanych na wniosek.

Zamawiający wskazał, że jedynie interpretacja indywidualna organu podatkowego mogłaby zostać uznana przez niego za wiążącą dla protestującego, który o nią wystąpił. Wyjaśnił, że ustalając stawkę 22% na w/w usługi kierował się opinią Głównego Urzędu Statystycznego, która uznała, że usługi te mieszczą się w grupowaniu PKWiU 45.23.12 - 00.00 - „Roboty ogólnobudowlane związane z nawierzchnią przy budowie autostrad, dróg,

ulic i pozostałych tras dla pieszych i zmotoryzowanych, z wyłączeniem autostrad nadziemnych”, która została wydana na wniosek Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych w związku z wątpliwościami dotyczącymi klasyfikacji usług remontów dróg leśnych. Wobec tego uznał, że usługi polegające na remoncie dróg leśnych nie powinny być sklasyfikowane jako PKWiU ex 02.02.10, opodatkowane stawką VAT 7%, ponieważ nie dotyczą remontu i utrzymania szlaków zrywkowych przeznaczonych wyłącznie do transportu drewna, ale dotyczą remontu i utrzymania dróg biegnących przez obszary leśne, które mieszczą się jako PKWiU 45.23.12-00.00 „Roboty ogólnobudowlane związane z nawierzchnią przy budowie autostrad, dróg, ulic i pozostałych tras dla pieszych i zmotoryzowanych, z wyłączeniem autostrad nadziemnych”, które to usługi są opodatkowane stawką podstawową 22%.

W odwołaniu odwołujący ponowił zarzuty i żądania zawarte w proteście. Dodatkowo argumentował, że zamawiający uchybił przepisom ustawy, ponieważ podstawą jego decyzji jest nie merytoryczny zakres opisanych usług objętych tym przedmiotem zamówienia i obowiązujące w tym zakresie przepisy podatkowe a uzyskane na wniosek Dyrektora Generalnego Lasów – nie zaś na indywidualny wniosek zamawiającego w przedmiocie zamówienia publicznego - stanowisko GUS w kwestii kwalifikacji przedmiotu dotyczącego usług remontów dróg leśnych, a zatem całkowicie odrębnego od opisanego w zamówieniu publicznym przez Nadleśnictwo Grodzisk przedmiotu zamówienia.

Wskazał, że przedmiotem zamówienia jest utrzymanie urządzeń melioracyjnych i dróg leśnych w związku z wykonywaniem prac leśnych w zakresie pozyskiwania i zrywki drewna, ochrony lasu, hodowli lasu, ochrony przeciwpożarowej w leśnictwach Prażynko, Sworzyce, Wioska podlegających usługom zaliczanym do grupowania PKWiU 02.02.10 „Usługi związane z leśnictwem i pozyskiwaniem drewna” opodatkowane stawką podatku VAT w wysokości 7 %. Stawka podatku VAT w wysokości 22 % odnosi się do usług remontu dróg leśnych w zakresie usług zaliczanych do grupowania PKWiU 45.23.12-00.00 „Roboty ogólnobudowlane związane z nawierzchnią przy budowie autostrad, dróg, ulic i pozostałych tras dla pieszych i zmotoryzowanych, z wyłączeniem autostrad nadziemnych”. Opierając się na słowniku języka polskiego (wyd. PWN) przez utrzymanie, remont należy odpowiednio rozumieć: zachowanie w stanie niezmiennym, należytym oraz naprawianie, odnowienie, przywrócenie wartości użytkowej, doprowadzenie budynku lub urządzeń do stanu

używalności, co w ocenie odwołującego oznacza, że zakres definiowanych czynności przy wykonywaniu remontu dróg jest znacznie szerszy od czynności związanych wyłącznie z utrzymaniem urządzeń melioracyjnych i dróg leśnych w stanie niezmienionym.

Na podstawie specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), trzech ofert złożonych w pakiecie IV przedmiotowego postępowania przetargowego, oświadczeń i stanowisk stron, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu, a także oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu rozprawy oraz Interpretacji indywidualnej z dnia 04.03.2010 r., wydanej przez Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu przedłożonej przez odwołującego, Interpretacji indywidualnej z dnia 04.03.2010 r., wydanej przez Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu przedłożonej przez zamawiającego Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie przed dniem 29 stycznia 2010 r., w którym weszły w życie przepisy ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Izba ustaliła także, że odwołujący posiadał interes prawny do wniesienia tak protestu, jak i odwołania w zakresie pakietu IV zamówienia, ponieważ potwierdzenie się zarzutów, że zamawiający bezprawnie odrzucił złożoną przez odwołującego ofertę, oznaczałoby dla niego szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia skoro oferta ta byłaby wówczas ofertą z najniższą ceną w postępowaniu, w którym jedynym kryterium wyboru jest właśnie cena (Rozdział 18 pkt 1 ppkt 1.2 SIWZ).

Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka niezbędna do rozpoznania odwołania, wynikająca z przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła nadto, że zamawiający w Rozdziale 16 „Opis sposobu obliczenia ceny” w szczególności zażądał od wykonawców, aby w cenie oferty uwzględnili podatek od towarów i usług VAT, przy czym zamawiający podał, jakie stawki, wg jego wiedzy, należy zastosować, tj. dla pozyskiwania drewna, zrywki drewna, hodowli lasu, ochrony lasu oraz ochrony przeciwpożarowej - stawkę w wysokości 7%, zaś w przypadku utrzymania urządzeń melioracyjnych i utrzymania dróg leśnych - stawkę w wysokości 22%.

Zamawiający podał również, że „należny podatek VAT naliczony zostanie do ceny netto w fakturze zgodnie z obowiązującym prawem w dniu wystawienia faktury bez konieczności zmiany umowy”.

śaden wykonawca nie złożył w toku postępowania protestu na treść SIWZ, tj. na wskazanie przez zamawiającego błędnych stawek podatku od towarów i usług VAT dla

wyspecyfikowanych usług, co jest równoznaczne z obowiązkiem zamawiającego traktowania ujętych w SIWZ stawek podatku VAT jako tych, które posłużą mu do oceny w przedmiotowym postępowaniu przetargowym poprawności obliczenia cen ofertowych przez poszczególnych wykonawców. Podnoszenie argumentacji odnośnie stawek podatku od towarów i usług VAT na późniejszym etapie postępowania, przy okazji innej niż opracowanie treści SIWZ czynności, tj. przy okazji wyboru oferty najkorzystniejszej jest, na co trafnie zwracał uwagę zamawiający, spóźnione i jako takie nie może spowodować ich zmiany.

Wykonawca oferty uznanej przez zamawiającego za najkorzystniejszą oraz trzeci z wykonawców, który złożył ofertę w pakiecie IV zastosował stawki zgodne ze wskazanymi przez zamawiającego w Rozdziale 16 „Opis sposobu obliczenia ceny”.

Odwołujący zaś - w przypadku usług utrzymania urządzeń melioracyjnych oraz utrzymania dróg leśnych zastosował stawkę VAT w wysokości 7%, tj. w innej wysokości niż wskazana przez zamawiającego (tj. 22%).

Izba uznała, że zawarcie przez zamawiającego w postanowieniach Rozdziału 16 „Opis sposobu obliczenia ceny”, z powołaniem się na wiedzę własną zamawiającego, stawki podatku od towarów i usług VAT dla utrzymania urządzeń melioracyjnych i utrzymania dróg

leśnych w wysokości 22% oznacza podanie wykonawcom informacji, że taka właśnie stawka dla wskazanych usług zostanie przez zamawiającego przyjęta jako prawidłowa do oceny prawidłowości stawek VAT, jakie zostały uwzględnione w złożonych przez wykonawców ofertach. Fakt, że ani odwołujący, ani żaden inny wykonawca nie zakwestionował na etapie przed terminem składania ofert wskazanych przez zamawiającego stawek obliguje zamawiającego do ich przyjęcia przy ocenie prawidłowości złożonych ofert pod kątem uwzględnionej przy obliczeniu ceny ofertowej stawki podatku od towarów i usług VAT.

Innymi słowy odwołujący zgodził się z tym, iż również jego cena ofertowa, tj. zawarte w niej stawki zostaną porównane do stawek wskazanych przez zamawiającego.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, iż podstawą do zastosowania przez wykonawców odmiennej od wskazanych w postanowieniach stawek podatku od towarów i usług VAT jest fragment Rozdziału 16 o treści: „należny podatek VAT naliczony zostanie do ceny netto w fakturze zgodnie z obowiązującym prawem w dniu wystawienia faktury bez konieczności zmiany umowy”, ponieważ fragment ten - co wynika wprost z jego literalnego brzmienia - odnosi się nie do etapu składania ofert, ale do etapu realizacji zamówienia i wystawienia faktury, gwarantując stronom - w przypadku zmiany stawek podatku VAT - naliczenie podatku zgodnie z obowiązującym wówczas prawem, bez konieczności zawierania dodatkowego aneksu do umowy.

Błędnie zatem odwołujący przyjął, że wskazane przez zamawiającego w SIWZ stawki nie są wiążące, tj. że zamawiający inne stawki niż tam podane przyjmie do oceny poprawności stawek VAT ujętych w ofertach.

Dodatkowo Izba wskazuje, iż nawet uznanie, iż zamawiający w SIWZ wskazał błędne stawki podatku od towarów i usług, musiałoby prowadzić nie do wyboru oferty odwołującego, ale do unieważnienia przez zamawiającego przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ w wyniku tych postanowień SIWZ wykonawca oferty uznanej za najkorzystniejszą zastosował wskazane tam stawki. Odrzucenie jego oferty (oraz oferty trzeciego wykonawcy) w takiej sytuacji prowadziłoby bowiem do obarczenia go negatywnymi konsekwencjami działań zamawiającego, co byłoby niezgodne z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Wobec powyższego Izba nie znalazła podstaw do przypisania zamawiającemu niezasadnego odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego, uznając, że odwołujący nie zastosował wskazanych przez zamawiającego stawek podatku od towarów i usług VAT w wysokości 22% w przypadku usług utrzymania urządzeń melioracyjnych i utrzymania dróg leśnych. Nie znalazła także podstaw do przypisania zamawiającemu niezasadnego wyboru oferty najkorzystniejszej skoro wykonawca, który złożył tę ofertę ujął wskazane przez zamawiającego stawki VAT, a zamawiający, badając oferty nie mógł przyjąć stawek innych niż wskazane w SIWZ.

Izba na podstawie przepisu art. 191 ust.1 ustawy Pzp zdanie pierwsze Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Jednocześnie też Izba, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), uznała za uzasadnione koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł oraz z tytułu dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby w wysokości 946,74 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....