

WYROK
z dnia 16 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Sylwester Kuchnio
Emil Kuriata

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Tomasza Widerę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśno-Transportowe Tomasz Widera, 78-200 Białogard, ul. Witkacego 5** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Nadleśnictwo Białogard, 78-200 Białogard, ul. Koszalińska 3** protestu z dnia 30 grudnia 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Tomasza Widerę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśno-Transportowe Tomasz Widera, 78-200 Białogard, ul. Witkacego 5**

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 uiszczonego przez **Usługi Leśno – Transportowe Tomasz Widera, 78-200 Białogard, ul. Witkacego 5**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 1 129 zł 25 gr (słownie: jeden tysiąc sto dwadzieścia dziewięć złotych dwadzieścia pięć groszy) przez **Tomasza Widerę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśno-Transportowe Tomasz Widera, 78-200 Białogard, ul. Witkacego 5** na rzecz **Nadleśnictwo Białogard, 78-200 Białogard, ul. Koszalińska 3** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów dojazdu na posiedzenie i noclegu.
- 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 **Tomasza Widerę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśno-Transportowe Tomasz Widera, 78-200 Białogard, ul. Witkacego 5.**

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są „prace leśne w 2010 r.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 listopada 2009 r., pod nr 2009/S 221-318181.

W dniu 30 grudnia 2009 r. Odwołujący się wniósł protest, w zakresie pakietu nr VI, wobec zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez Mariusza Chłopeckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne i Transport Mariusz Chłopecki oraz Konsorcjum Leśne M. Woźniak, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 i 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, a ponadto wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy Mariusza Chłopeckiego z uwagi na brak informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, co stanowi, zdaniem Odwołującego się,

podstawę do odrzucenia oferty również w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Dodatkowo Odwołujący się podniósł zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący się wniósł o: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie wskazanych ofert, dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty Odwołującego się jako najkorzystniejszej.

Odwołujący się podniósł, iż w ofercie Mariusza Chłopeckiego zastosowano nieprawidłową stawkę VAT 22% dla usługi opisanej w załączniku nr 4a do SIWZ, tj. godzinowe prace ciągnikiem przy pozyskaniu obejmują prace ciągnikiem niewymienione w innym opisie prac. Zdaniem Odwołującego się, jest to usługa typowa dla usług związanych z leśnictwem i pozyskaniem drewna z wyłączeniem patrolowania lasów i mieści się w grupowaniu PKWiU 02.02.10-00, co oznacza, że czynność ta jest objęta stawką preferencyjną VAT 7%.

Zdaniem Odwołującego się, również w ofercie wykonawcy Konsorcjum Leśne M. Woźniak zastosowano nieprawidłową stawkę VAT 7% dla usługi opisanej w załączniku nr 4c do SIWZ, tj. godzinowe prace ciągnikiem w ochronie lasu wraz z użyciem urządzeń zawieszanych lub ciągnionych po wszystkich rodzajach dróg i nie wymienione są w innym opisie prac. Odwołujący się podnosi, że jest to usługa transportowa i mieści się w grupowaniu PKWiU 60.24.22, którym to grupowaniem objęte są przewozy pozostałych towarów pojazdami niewyspecjalizowanymi, gdzie indziej niesklasyfikowane, co oznacza, że ta czynność jest objęta stawką VAT 22%.

Odwołujący się zwraca uwagę, co do stawki VAT na opisaną czynność z załącznika nr 4c do SIWZ, że jest to czynność samoistna, która ze względu na swoją odrębność i specyfikę winna być traktowana przez Zamawiającego na równi z czynnością oznaczoną kodem czynności GODZ CH (godzinowe prace ciągnikiem w hodowli lasu) i GODZCPOŚ (godzinowe prace ciągnikiem w ochronie przeciwpożarowej), gdzie Zamawiający uznał zasadność stawki VAT 22%. Wskazanych usług nie można objąć stawką preferencyjną, a jedynie stawką podstawową, z uwagi na uzasadnioną możliwość wykonywania ich niezależnie od innych usług wykonywanych dla Zamawiającego.

Natomiast czynność opisaną w załączniku nr 4a do SIWZ traktować należy jako czynność pomocniczą do usługi głównej, którą jest pozyskanie drewna i tu należy zastosować stawkę jak dla usługi głównej, czyli VAT 7%.

Odwołujący się podkreśla, że Zamawiający wezwał wyżej wymienionych wykonawców, jak również Odwołującego się, do wyjaśnienia w przedmiocie zasadności zastosowanych stawek VAT. Wyjaśnienia wszystkich wykonawców zostały przyjęte. Oznacza to, że na jedną czynność Zamawiający przyjął możliwość stosowania dwóch różnych stawek VAT, z których każda jest prawidłowa, zaprzeczając zasadzie, że jedna czynność jest opodatkowana jedną stawką VAT

Odwołujący się podnosi również, iż w doktrynie oraz orzecznictwie KIO podnosiło się wielokrotnie, iż w sytuacji, gdy wykonawcy wskazywali różne stawki VAT, Zamawiający nie

mógł tego faktu pominąć i wybrać po prostu oferty najtańszej, są to bowiem oferty nieporównywalne, a ich ocena niedopuszczalna. W takiej sytuacji Zamawiający ma obowiązek najpierw rozstrzygnąć, która stawka VAT jest prawidłowa, a która nie, a następnie ma obowiązek ofertę ze stawką nieprawidłową odrzucić na podstawie art. 89 ust. pkt 6 ustawy Pzp.

W dniu 13 stycznia 2010 r. Zamawiający protest rozstrzygnął w ten sposób, że uwzględnił żądania protestu w zakresie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ponownej oceny ofert, z powodu braku informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp.

W pozostałym zakresie Zamawiający protest oddalił stwierdzając, że zastosowane przez wymienionych oferentów stawki podatku VAT uznać należy za prawidłowe. Ponadto, pomimo tego, że cena jest jedynym kryterium wyboru wykonawcy, czynności z opisanymi w proteście spornymi stawkami VAT miały i mają minimalny udział w kształtowaniu oferowanej ceny w przetargu przez wszystkich oferentów.

W dniu 22 stycznia 2001 r. Odwołujący się wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście.

Odwołujący się podniósł, iż przez „cenę”, zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy Pzp, należy rozumieć „cenę” w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach, co

oznacza, że Wykonawca powinien w przypadku określania „ceny” w ofercie, w tym za usługi opisane w SIWZ załącznik 4a i 4c, uwzględnić podatek od towarów i usług, o wartości zgodnej z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług.

Odwolujący się podaje, że dla usługi opisanej w załączniku nr 4a do SIWZ, zgodnie z załącznikiem nr 3 poz. 136 do ustawy o podatku od towarów i usług, w oparciu o art. 41 ust. 2 ustawy o podatku od towarów i usług, stawka podatku wynosi 7%. Natomiast dla usługi opisanej w załączniku nr 4c do SIWZ przedmiotowego zamówienia, z uwagi na fakt, iż jest to usługa transportowa i w myśl rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 29 października 2008 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) podlega grupowaniu PKWiU 60.24.22, zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług, stawka podatku wynosi 22%.

Wobec faktu, iż określenie stawki VAT jest obowiązkiem Wykonawcy składającego ofertę i jest to czynność związana z określeniem ceny, Wykonawca jest obciążony odpowiedzialnością za zastosowanie błędnej stawki. Zastosowanie przez Wykonawcę innej stawki VAT niż przewidziana przepisami prawa podatkowego (niezależnie od tego, czy nastąpi to poprzez wskazanie niewłaściwej stawki procentowo czy kwotowo) jest błędem w obliczeniu ceny, a błąd taki nie podlega poprawieniu.

Ponadto, Odwołujący się wskazał na inne naruszenia Zamawiającego. Po pierwsze, kolejną przesłanką (poza wskazanymi w proteście) do odrzucenia oferty Mariusza

Chłopeckiego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jest wskazanie ww. Wykonawcy w kosztorysie ofertowym rażąco niskich cen, w tym np. ceny 1 zł za dokonanie danej czynności oraz ceny za godzinę wykonania danej czynności w wysokości poniżej płacy za godzinę, przy uwzględnieniu minimalnego wynagrodzenia. Dokonanie wyceny wykonania zamówienia, w oparciu o powyższe rażąco niskie ceny, spowodowało przedstawienie przez ww. Wykonawcę oferty niższej o około 100 000 złotych, w stosunku do kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na wykonanie pakietu nr VI przedmiotowego zamówienia.

Po drugie, z uwagi na brak w ofercie informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 ustawy Pzp, zgodnie z pkt 9 ppkt 5 SIWZ, Wykonawca Mariusz Chłopecki, powinien zostać wykluczony, a jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą, zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Jeżeli chodzi o Wykonawcę Konsorcjum Leśne M. Woźniak, to zdaniem Odwołującego się, uchybieniem powodującym ostatecznie odrzucenie oferty jest brak podpisania przez ww. Wykonawcę kosztorysu ofertowego, dotyczącego pakietu nr VI, w części obejmującej ochronę przeciwpożarową. Zgodnie z pkt 9 ppkt 5, w oparciu o pkt 9 ppkt 3 SIWZ, Wykonawca powinien zostać wykluczony, a jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą, zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

W tych okolicznościach Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Przepisy ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2004 r., Nr 54, poz. 535 ze zm.) stauują dla podatnika uprawnienie i jednocześnie obowiązek określenia stawki podatku VAT (art. 106). Jakkolwiek Zamawiający dokonuje oceny poprawności złożonych w postępowaniu ofert, to możliwość kwestionowania stawki podatku VAT jest bardzo ograniczona. W istocie, Zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty, która zawiera błędy w obliczeniu ceny. Elementem ceny jest podatek VAT, zatem Zamawiający ma obowiązek przeprowadzić weryfikację również w tym zakresie. Jednakże jego działania nie mogą pozostawać w sprzeczności z przepisami ustawy o VAT i ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2005 r., Nr 8, poz. z późn. zm.). Ustawa Pzp nie stanowi bowiem jakiś szczególnych uprawnień dla zamawiającego w tym zakresie. Skoro tak, to uznać należy, że Zamawiającemu przysługuje tyle uprawnień, ile wynika z ustaw podatkowych.

Jak wskazano wyżej, to wystawca faktury, a więc wykonawca określa stawkę podatku VAT, a odbiorcy przysługuje jedynie prawo do odliczenia kwoty tego podatku (podatek naliczony). Z powyższego zatem nie wynika prawo do korygowania czynności wykonawcy dotyczących stawki podatku VAT.

Sytuacja powyższa mogłaby ulec zmianie, gdyby Zamawiający dysponował interpretacją indywidualną w rozumieniu przepisu art. 14b ustawy Ordynacja podatkowa.

Zamawiającemu, jako zainteresowanemu, przysługuje uprawnienie do złożenia wniosku do

Ministra Finansów o wydanie interpretacji przepisów prawa podatkowego w indywidualnej sprawie. Wniosek może dotyczyć zarówno zaistniałego stanu faktycznego, jak również zdarzeń przyszłych (art. 14b § 2 ustawy Ordynacja podatkowa). Interpretacja, stanowiąc ocenę stanowiska wnioskodawcy, w istocie stanowi podstawę do podjęcia określonych decyzji przez podatnika, a zastosowanie się do niej nie może szkodzić wnioskodawcy (art. 14k § 1 ustawy Ordynacja podatkowa). Zatem, organy podatkowe, jak i organy kontroli skarbowej nie mogą obciążać negatywnymi konsekwencjami wykonawcy, który przyjął za prawidłowe stanowisko wynikające z interpretacji.

Powyższe wskazuje, że jedynym organem uprawnionym do interpretacji przepisów prawa podatkowego jest Minister Finansów. Zaś, prawidłowość przedmiotowej interpretacji podlega ocenie sądu administracyjnego (art. 14c § 1 ustawy Ordynacja podatkowa w zw. z art. 3 § 2 pkt 4a ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnym (Dz. U. z 2002 r., Nr 153, poz. 1270 ze zm.). Zatem, jeśli Zamawiający nie dysponuje interpretacją indywidualną, nie jest uprawniony do dokonywania interpretacji przepisów prawa podatkowego, a tym bardziej do zobowiązania wykonawców do zastosowania się do jej treści. Stanowisko Zamawiającego w przedmiocie stawki podatku VAT, nawet jeśli zostało wyrażone w SIWZ, nie ma charakteru wiążącego dla wykonawcy.

Zatem, w niniejszej sprawie Zamawiający nie jest uprawniony do dokonania odrzucenia ofert wskazanych przez Odwołującego się, na podstawie jedynie przekonania Odwołującego się o konieczności zastosowania w przedmiotowym zamówieniu określonych stawek VAT. Zamawiający, nie dysponując interpretacją indywidualną, nie ma podstaw do kwestionowania stawki podatku VAT, a w konsekwencji do odrzucenia ofert wskazanych przez Odwołującego się.

Zwrócić należy również uwagę, że to na Odwołującym się spoczywa ciężar udowodnienia, iż podjęta przez Zamawiającego decyzja była wadliwa (art. 6 k.c.). Biorąc pod uwagę okoliczność, iż to podatnik jest uprawniony i jednocześnie zobowiązany do określenia stawki podatku VAT dla świadczonych usług, Odwołujący się nie może domagać się skorygowania stawki przypisanej przez innego podatnika, jedynie na podstawie własnego poglądu, wynikającego z samodzielnie przeprowadzonej interpretacji przepisów prawa. Powyższe, pozostawałoby w sprzeczności z wyżej powołanymi przepisami prawa.

Jednocześnie należy zauważyć, iż jak wskazano, stawkę podatku VAT określa podatnik. Interpretacji indywidualnej przepisów prawa podatkowego dokonuje Minister Finansów, która to czynność podlega kontroli wojewódzkich sądów administracyjnych. Poprawność stosowania prawa podatkowego podlega kontroli organów podatkowych, w toku postępowania podatkowego (art. 120 i n. Ordynacji podatkowej). Decyzje administracyjne wydawane przez organy podatkowe podlegają kontroli, w ramach kontroli działalności

administracji publicznej, przez sądy administracyjne, która obejmuje m.in. rozpoznawanie skarg na decyzje administracyjne (art. 3 § 2 pkt 1 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi). Ustawodawca nie przyznał zaś Izbie kompetencji do rozstrzygania sporów w zakresie prawa podatkowego. Zdaniem Izby, kompetencja ta nie może być domniemywana. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, w opinii Izby, nie stanowi o kognicji Izby w tym zakresie. Skoro bowiem, zamawiający nie ma podstaw do określania w sposób wiążący dla podatnika stawek podatku VAT, które to uprawnienie przysługuje organom podatkowym, to również Izbie, w trybie dokonywania kontroli decyzji zamawiającego, takie uprawnienie nie przysługuje.

Zwrócić również należy uwagę, iż ustawodawca przyznał w ustawie Pzp wyraźne uprawnienie do rozstrzygania przez zamawiających, a w toku kontroli przez Izbę, w przedmiocie czynów nieuczciwej konkurencji, stanowiąc w tym zakresie przepis szczególny do regulacji, zgodnie z którymi w tym zakresie właściwy jest Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz sądy okręgowe (art. 17 pkt 4 kpc). Oznacza to, iż wolą ustawodawcy było, żeby w sprawach czynów nieuczciwej konkurencji, związanych ze składaniem ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia decyzje podejmował zamawiający, a trybie kontroli Izba (art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp). Brak natomiast takiej regulacji w ustawie Pzp w odniesieniu do spraw z zakresu prawa podatkowego, co zdaniem Izby oznacza, iż intencją ustawodawcy nie było przekazanie do rozstrzygnięcia zamawiającego, a w toku kontroli Izbie, spraw w przedmiocie stawek podatku VAT.

W tych okolicznościach zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp należy uznać za chybiony, a w konsekwencji również zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz 24 ust. 4 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający, w rozstrzygnięciu protestu, uznał zarzut Odwołującego się w przedmiocie braku, w ofercie złożonej przez Mariusza Chłopeckiego, informacji z Krajowego Rejestru Karnego, w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt 4-8 ustawy Pzp. Jednakże zwrócić należy uwagę, iż stwierdzenie przedmiotowego braku nie skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania i uznaniem jego oferty za odrzuconą, z uwagi na przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Oznacza to, iż dopiero w sytuacji, w której Mariusz Chłopecki, na wezwanie Zamawiającego, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie uzupełni przedmiotowego dokumentu, zaktualizuje się pod stronie Zamawiającego, obowiązek wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania.

Izba nie podjęła rozstrzygnięcia w zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na treść przepisu art. 191 ust. 3 ustawy Pzp. Przedmiotowy zarzut nie był zawarty w proteście, zaś zgodnie z powołanym przepisem, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem protestu.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a oraz 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 ze zm.), uznając za uzasadnione koszty Zamawiającego związane z dojazdem w kwocie 1.129,25 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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Koszalinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

** niepotrzebne skreślić*