

Sygn. akt: KIO/UZP 74/10

WYROK
z dnia 9 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Klaudia Szczytowska – Maziarz

Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Renata Łuba

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakład Usług Leśnych Beata Skłodowska, Dariusz Kaczyński Sp. Jawna, ul. Leyka 48, 12-100 Szczytno** od rozstrzygnięcia przez **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Włoszczowa, ul. Kolejowa 23, 29-100 Włoszczowa** protestu z dnia 28 grudnia 2010 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Zakład Usług Leśnych Beata Skłodowska, Dariusz Kaczyński Sp. Jawna, ul. Leyka 48, 12-100 Szczytno 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 Zakład Usług Leśnych Beata Skłodowska, Dariusz Kaczyński Sp. Jawna, ul. Leyka 48, 12-100 Szczytno;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Zakład Usług Leśnych Beata Skłodowska, Dariusz Kaczyński Sp. Jawna, ul. Leyka 48, 12-100 Szczytno** na rzecz **Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwo Włoszczowa, ul. Kolejowa 23, 29-100 Włoszczowa**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 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 **Zakład Usług Leśnych Beata Skłodowska, Dariusz Kaczyński Sp. Jawna, ul. Leyka 48, 12-100 Szczytno**.

U z a s a d n i e

Zakład Usług Leśnych Beata Skłodowska, Dariusz Kaczyński Sp. Jawna z siedzibą w Szczytnie (dalej: „Odwołujący”), złożył odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Wykonywanie usług związanych bezpośrednio z prowadzeniem gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Włoszczowa w 2010 r.*”, prowadzonym na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), (dalej: „ustawa Pzp”) przez Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Włoszczowa (dalej: „Zamawiający”). Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z 30 października 2009 r. (nr ogłoszenia: 2009/S 210-302054). Przedmiotowe zamówienie zostało podzielone cztery części, a złożone do Izby w przedmiocie tego postępowania odwołanie i poprzedzający je protest dotyczyły części trzeciej zamówienia, tj. wykonywania wskazanych usług na terenie Leśnictw: Kurzelów, Gościęcín, Pękowiec.

Podstawą złożonego odwołania i poprzedzającego go protestu była czynność Zamawiającego polegająca na wyborze w części trzeciej tego zamówienia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, tj. Konsorcjum wykonawców Kącki, Bugajny, Makówka, Kurzelów. Informację o wyborze tej oferty w postępowaniu jako najkorzystniejszej i jednoczesnym odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu zastosowania błędnej stawki podatku VAT Odwołujący otrzymał 22 grudnia 2009 r. w dwóch odrębnych pismach. Biorąc powyższe pod uwagę Odwołujący również w dwóch odrębnych pismach doręczonych Zamawiającemu w dniu 28 grudnia 2009 r., złożył protesty – pierwszy dotyczący wyboru oferty najkorzystniejszej i drugi dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zamawiający protesty rozstrzygnął w jednym

piśmie z dnia 8 stycznia 2010 r., doręczając je Odwołującemu w tej samej dacie. Protest dotyczący odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający uznał, zaś protest dotyczący wyboru oferty najkorzystniejszej oddalił. U podstaw tej decyzji Zamawiającego legło twierdzenie, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie określił w SIWZ stawki podatku VAT dla konkretnej części zamówienia i nie powinien ingerować w sprawę stawki podatku VAT zastosowanego przez wykonawcę bowiem nie jest organem podatkowym uprawnionym do rozstrzygnięcia wątpliwości co do właściwego stosowania przepisów podatkowych. Zamawiający podniósł, że jego stanowisko zgodne jest ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych, przedstawiając jednocześnie stanowisko Departamentu Kontroli Doraźnej Urzędu z dnia 15 grudnia 2009 r. i 22 października 2009 r. wydane w sprawie Nadleśnictwa Pisz.

Na powyższe Odwołujący w dniu 13 stycznia 2010 r. złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (złożenie w urzędzie pocztowym operatora publicznego). Kopię odwołania Zamawiający otrzymał w tej samej dacie. W odwołaniu Odwołujący podtrzymał swoje zarzuty i stanowisko co do konieczności odrzucenia oferty Konsorcjum Kącki, Bugajny, Makówka, Kurzelów z uwagi na zastosowaną przez tego wykonawcę stawkę 22% VAT od oferowanego przedmiotu zamówienia w zakresie części trzeciej zamówienia. Odwołujący wywodził, że obowiązująca dla utrzymania obiektów leśnych stawka podatku VAT – zgodnie z obowiązującymi przepisami powinna wynosić 7%. Powołał się przy tym na ustawę z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 ze zm.) i załącznik nr 3 do tej ustawy, zawierający wykaz usług opodatkowanych 7% stawką podatku VAT, który to załącznik w poz. 136 zawiera usługi związane z leśnictwem i pozyskiwaniem drewna, z wyłączeniem patrolowania lasów. Usługa ta objęta zaś jest kodem 02.02.10 Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług. Odwołujący przywołał też przepisy Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 29 października 2008 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) (Dz. U. Nr 207, poz. 1293 ze zm.), zgodnie z § 3 pkt 1 którego to rozporządzenia do celów opodatkowania podatkiem od towarów i usług stosuje się PKWiU wprowadzoną rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 18 marca 1997 r. Dział 02 tej klasyfikacji zawiera natomiast produkty gospodarki leśnej i usługi związane z leśnictwem i obejmuje m.in. usługi utrzymania obiektów leśnych. Do wszystkich zaś usług z tej kategorii ma zastosowanie stawka 7% VAT. Do odwołania Odwołujący załączył postanowienie naczelnika Urzędu Skarbowego w Szczytnie z dnia 17 marca 2006 r. (znak: US – VIII/443-9/06), wydane na rzecz Odwołującego w sprawie stosowania stawki podatku VAT na świadczenie czynności wykonywanych w ramach hodowli lasu gdzie właściwa jest stawka 3% tego podatku.

Odwołujący wniósł o:

- nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Kącki, Bugajny, Makówka, Kurzelów jako sprzecznej z treścią art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp;
- nakazanie Zamawiającemu ponownej oceny ofert (po odrzuceniu oferty wskazanego Konsorcjum) i wyboru złożonej przez Odwołującego oferty jako najkorzystniejsza;
- zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie ze złożoną fakturą.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu i w odwołaniu, jak też złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów 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.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Co do wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania Izba stanęła na stanowisku, że odwołanie zostało poprzedzone protestem biorąc pod uwagę treść i zakres protestu z dnia 28 grudnia 2009 r. dotyczącego zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez Konsorcjum Kącki, Bugajny, Makówka, Kurzelów. Protest taki został formalnie złożony przez Odwołującego, dotyczył określonej czynności Zamawiającego (wyboru oferty najkorzystniejszej) i został przez Zamawiającego w dniu 8 stycznia 2010 r. formalnie oddalony. Zatem jednocześnie też Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ofert złożonych w postępowaniu: przez Odwołującego i przez Konsorcjum Kącki, Bugajny, Makówka, Kurzelów z załączonych do odwołania postanowienia Naczelnika Urzędu Skarbowego w Szczytnie z 17 marca 2006 r. oraz informacji o wynikach kontroli Prezesa UZP w sprawie zamówienia publicznego prowadzonego przez Nadleśnictwo w Pieszku (pismo z dnia 15 grudnia i 22 października 2009 r.) oraz ze stanowisk stron złożonych na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz ustnie do protokołu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie podlega oddaleniu.

Oddalając odwołanie skład orzekający Izby stwierdził jednocześnie, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie określił w postanowieniach SIWZ właściwej stawki VAT odpowiadającej przedmiotowi zamówienia, czy też właściwej dla porównania i oceny ofert złożonych w postępowaniu. Niemniej w Rozdziale XIX pkt 89 wskazał, że w cenie ofertowej należy uwzględnić podatek od towarów i usług (VAT) wg obowiązujących stawek na dzień składania oferty, zaś pkt 91 nakazał określić cenę w złotych polskich z wyodrębnieniem wartości podatku VAT. W istotnych postanowieniach umowy w pkt 110 przyjął natomiast, że należny podatek VAT naliczony zostanie do ceny netto w fakturze zgodnie z obowiązującym prawem w dniu wystawienia faktury.

Biorąc powyższe pod uwagę, jak również obowiązujące w tej mierze przepisy ustawy Pzp skład orzekający Izby wyraża przekonanie, że zastosowanie błędnej stawki VAT w postępowaniu, przy braku odmiennych w tej mierze postanowień SIWZ dla danego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi bowiem, że ofertę odrzuca się, jeśli zawiera błędy w obliczeniu ceny. Cenę, o której mowa w tym przepisie należy pojmować przez pryzmat definicji ceny określonej w art. 3 ust. 1 pkt 1 w ustawie z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.), do której odwołuje się art. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tą definicją przez cenę należy rozumieć wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Podatek VAT, o którym mowa w tym przepisie stanowi element cenotwórczy ustalonej dla danego

zamówienia przez wykonawcę ceny ofertowej. Bez wątpienia zatem przyjęcie określonej stawki podatku VAT ma wpływ na ustalenie ceny ofertowej wykonawcy. Skoro tak, ewentualne błędy w tym zakresie stanowią o niewłaściwym obliczeniu tej ceny; obliczenie w ten sposób ceny jest zatem obarczone błędem, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Przyjęcie do jednego przedmiotu zamówienia dwóch stawek VAT – ustalonych przez dwóch wykonawców w sposób różny, na co nie pozwalają obowiązujące przepisy o podatku od towarów i usług, dodatkowo prowadzi w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego do nieporównywalności ofert i ewentualnie nierównego traktowania wykonawców.

Przedstawiając powyższe Izba wyraża w tym zakresie zdanie przeciwne twierdzeniom Zamawiającego, co do opinii wyrażonej przez Departament Kontroli Doraźnej Urzędu Zamówień Publicznych w stanowisku co do postępowania prowadzonego przez Nadleśnictwo Pisz Izba zwraca uwagę, że owo stanowisko dotyczy innego Zamawiającego i innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego warunki przeprowadzenia nie są znane. Powyższe stanowisko Departamentu Kontroli UZP nie ma mocy wiążącej dla Izby. Skład orzekający Izby wyraża jednak odmienne generalne zdanie co do braku możliwości badania przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stawek VAT ani co do tego, że podanie błędnej stawki VAT nie pociąga dla Zamawiającego konsekwencji w postaci groźby zmiany ceny oferty aniżeli stanowisko wyrażone w tym przedmiocie przez wskazany podmiot. Na marginesie zwrócić należy uwagę, że dotychczasowe orzecznictwo zespołów arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej, jak i orzecznictwo sądów okręgowych rozpoznających sprawy ze skarg na wyroki KIO i ZA jednoznacznie interpretowało błędy w zastosowaniu błędnej stawki podatku VAT kwalifikując je jako wypełnienie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Podobne stanowisko wyrażają komentatorzy ustawy Pzp i stanowisko doktryny.

Niezależnie od powyższego Izba jednak oddaliła odwołanie uznając, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał w postępowaniu odwoławczym przed Izbą, iż dla przedmiotu zamówienia w części trzeciej będzie miała zastosowanie stawka 7% a nie 22 %. Odwołujący przede wszystkim nie przedłożył Izbie ani też nie powołał się na wiążące w tym zakresie stanowisko właściwych organów podatkowych, tj. przede wszystkim nie przedstawił wiążącej interpretacji indywidualnej wydanej w niniejszej sprawie. Załączone do odwołania postanowienie Naczelnika Urzędu Skarbowego w Szczytnie dotyczy zgoła odmiennego stanu faktycznego w sprawie, co zresztą w odwołaniu potwierdził sam Odwołujący.

Izba zwraca uwagę, że to na Odwołującym jako podmiocie, który wywodzi określone skutki prawne z określonych twierdzeń spoczywa ciężar dowodowy, o którym mowa w art. 6 Kc, a także jest on zobowiązany powoływać określone dowody na poparcie swoich twierdzeń

– stosownie do art. 188 ust. 1 ustawy Pzp, czego w niniejszym postępowaniu Odwołujący nie uczynił. Zwrócić należy uwagę, że Izba nie jest organem, który ma za zadanie kontrolę prawidłowości działań Zamawiającego z urzędu. Kontrolę tę sprawują wykonawcy, którzy obowiązani są udowodnić przed Izbą, że w kontradyktoryjnym postępowaniu z drugą stroną tego postępowania, że działania Zamawiającego są sprzeczne z przepisami ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp przywołanych w odwołaniu.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego - stosownie do jego wyniku - orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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.), uwzględniając w tym zakresie uzasadnione - na podstawie rachunków przedkładanych do akt sprawy - koszty Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Kielcach.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....