

WYROK

z dnia 5 lutego 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska

Anna Packo

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lutego 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **U.W. Spychalskich prowadzących działalność gospodarczą pod firmą: PU „WALDECK” U.W.Spychalscy Sp. j. z siedzibą w Ostrołęce, ul. Hallera 10, 07-410 Ostrołęka** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Skarb Państwa reprezentowany przez Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Spychowo, ul. Mazurska 3, 12-150 Spychowo** protestu z dnia 31 grudnia 2008 r.

przy udziale xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

przy udziale xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie ,**
- 2. kosztami postępowania obciąża U.W. Spychalskich prowadzących działalność gospodarczą pod firmą: PU „WALDECK” U.W.Spychalscy Sp. j. z siedzibą w Ostrołęce, ul. Hallera 10, 07-410 Ostrołęka i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **U.W. Spychalskich prowadzących działalność gospodarczą pod firmą: PU „WALDECK” U.W.Spychalscy Sp. j. z siedzibą w Ostrołęce, ul. Hallera 10, 07-410 Ostrołęka,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **U.W. Spychalskich prowadzących działalność gospodarczą pod firmą: PU „WALDECK” U.W.Spychalscy Sp. j. z siedzibą w Ostrołęce, ul. Hallera 10, 07-410 Ostrołęka.**

U z a s a d n i e n i e

Skarb Państwa reprezentowany przez Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Spychowo, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy 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”, wszczął w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Usługi z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Spychowo w 2009 roku” – część IV. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 grudnia 2008 r., nr 2008/S 237-315339.

Zamawiający pismem z dnia 24 grudnia 2008 r. (przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w dniu 30 grudnia 2008 r.) poinformował wykonawcę U.W. Spychalskich prowadzących działalność gospodarczą pod firmą: PU „WALDECK” U.W.Spychalscy Sp. j. z siedzibą w Ostrołęce, zwanego dalej „Odwołującym” o wyborze jako najkorzystniejszej, w zakresie zadania nr 4, oferty wykonawcy Ewy Marii Zgutczyńskiej prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą: ZUL „ALFA” Ewa Maria Zgutczyńska z siedzibą w Piszcu, zwanej

dalej „ALFA” oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego, n podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Odwołujący w złożonej ofercie błędnie zakwalifikował poz. 8 kosztorysu ofertowego jako objętą stawką VAT 22%, podczas gdy - zdaniem Zamawiającego - prace polegające na wywozie śmieci należą do PKWiU 90.00.23 i podlegają stawce VAT 7%.

Pismem z dnia 31 grudnia 2008 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest wobec czynności podjętych przez Zamawiającego polegających na:

1. nieuzasadnionym odrzuceniu oferty Odwołującego,
2. wyborze oferty ALFA, która zawiera błąd w obliczeniu ceny oferty i podlega odrzuceniu,
3. zaniechaniu czynności odrzucenia oferty złożonej przez ALFA.

Tym samym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a w przypadku podpisania umowy art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. dokonanie ponownej oceny ofert,
4. alternatywnie o unieważnienie postępowania.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał m.in., iż treść oferty wykonawcy ALFA nie odpowiada treści SIWZ, gdyż wykonawca ten w kosztorysie ofertowym w poz.8 „prace transportowe komunalne (śmieci)” zastosował 7% stawkę VAT, co jest niezgodne ze stanem faktycznym, a w konsekwencji czego oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Nadto dodał, iż Zamawiający dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty sprecyzował, iż poz. 8 kosztorysu należy do PKWiU 90.00.23., a co nie wynikało z zastosowanego do opisu przedmiotu zamówienia kodu CPV. Kwestionowana pozycja kosztorysu znalazła się bowiem w grupie CPV: 77200000 -1 – usługi leśne. Dlatego też Odwołujący usługi wskazane w poz. 8 kosztorysu uznał za usługi mieszczące się w zakresie zastosowanego kodu CPV, a usługi o kodzie 90.00.23 nie mieszczą się w tej grupie i wymagają zezwolenia na prowadzenie tego rodzaju działalności, przy czym takiego zezwolenia Zamawiający nie wymagał. Właściwy kod dla tego rodzaju usług to kod 90513200-8.

Zamawiający doprecyzował przedmiot zamówienia po terminie składania ofert, wprowadzając wewnętrzną sprzeczność w SIWZ, gdyż w miejscu, gdzie pierwotnie określił kod CPV 77200000-2 charakterystyczny dla usług leśnictwa, wymagał zastosowania PKWiU 90.00 czyli CPV: 905XXXXX-X.

Pismem z dnia 6 stycznia 2009 r. Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie. Jednocześnie Zamawiający m.in. wskazał, iż w dniu 9 grudnia 2008 r. odbyło się spotkanie z wykonawcami, w trakcie którego przekazano informacje dotyczące interpretacji zamówienia w świetle podatku VAT. W spotkaniu tym uczestniczył przedstawiciel Odwołującego.

Nadto dodał, iż zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r., Nr 54, poz. 535) dla towarów i usług, wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stawka VAT wynosi 7%, a przedmiotowy załącznik pod poz. 153 wymienia usługi w zakresie gospodarki ściekami oraz wywozu i unieszkodliwiania odpadów, usługi sanitarne i pokrewne – PKWiU 90.0. Natomiast w załączniku do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 6 kwietnia 2004 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (Dz. U. z 2004 r., Nr 89, poz. 844) w dziale 90 wymienione są usługi oczyszczania ulic, dróg kołowych, placów i innych terenów, usuwanie śniegu i lodu. Tym samym prace polegające na wywozie śmieci z lasu podlegają stawce VAT 7%.

Podniósł także, iż Odwołujący, mając wątpliwości co do treści SIWZ, mógł zwrócić się o wyjaśnienie jej treści, a czego nie uczynił. Również na spotkaniu z wykonawcami nie zadał żadnych pytań, jak również nie podniósł żadnych wątpliwości co do przedstawionych informacji.

Pismem z dnia 15 stycznia 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w dniu 19 stycznia 2009 r., wpływ do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 20 stycznia 2009 r., data nadania do UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 19 stycznia 2009 r.) podtrzymując zarzuty, argumenty i żądania zawarte w proteście, dodatkowo wnosząc o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia „usługi z zakresu gospodarki leśnej” zastosował kod CPV „77200000-2 Usługi leśnictwa” (s. 1 SIWZ), doprecyzowując jego opis w załączniku nr 2 do SIWZ (s. 62-84 oferty).

Jednocześnie w rozdziale 10 SIWZ „Opis sposobu przygotowania ofert” wskazał m.in., iż „oferta musi (...) zawierać kosztorys ofertowy (załącznik nr 4)”, a „cenę oferty należy obliczyć na druku kosztorysu ofertowego (zał. 4) poprzez wpisanie stawek jednostkowych i stawek podatku VAT, przemnożenie ilości zamawianych usług przez stawkę jednostkową i zsumowanie wartości zamówienia” (s. 5 SIWZ).

Nadto na spotkaniu z wykonawcami w dniu 9 grudnia 2008 r. Zamawiający wskazał, jak prawidłowo należy wypełnić „kosztorys ofertowy”(zał. nr 4), w tym jakie stawki VAT należy zastosować w poszczególnych pozycjach przedmiotowego kosztorysu, podając dla poz. 8 stawkę VAT 7%. W spotkaniu tym uczestniczył pan Waldemar Spsychalski (powyższe wynika z listy obecności załączonej do przedmiotowego protokołu).

Odwołujący w załączonym do oferty „Kosztorysie ofertowym” „Część zamówienia 4” pod pozycją 8 „prace transportowe komunalne (śmieci)” w kolumnie 7 „Stawka podatku VAT (%)” zamieścił zapis „22%”.

W złożonym proteście, jak i odwołaniu Odwołujący podniósł, iż wskazana przez niego stawka VAT w poz. 8 kosztorysu ofertowego jest prawidłowa, a błędną stawkę VAT w kwestionowanej pozycji zawiera oferta wykonawcy ALFA, dodając, iż powyższe powoduje zmianę kodu CPV, co na etapie oceny ofert jest niedopuszczalne.

Zdaniem Izby, w tym konkretnym stanie faktycznym, należy uznać, iż Zamawiający prawidłowo uczynił odrzucając ofertę Odwołującego jako niezgodną z SIWZ.

Informację o stawce VAT, którą – zdaniem Zamawiającego - należy zastosować w kwestionowanej pozycji, wykonawcy powzięli na zorganizowanym przez Zamawiającego zebraniu wykonawców. Wszyscy wykonawcy, poza Odwołującym, zastosowali dla poz. 8 wskazaną przez Zamawiającego podczas zebrania 7% stawkę VAT. Odwołujący – jak oświadczył na rozprawie – nie zastanawiał się wówczas nad prawidłowością podanej stawki VAT dla poz. 8 „Kosztorysu ofertowego”, a jej nieprawidłowość ustalił dopiero na etapie postępowania odwoławczego. Oznacza to, iż po uzyskaniu informacji o stawce VAT, nie występował do Zamawiającego o wyjaśnienie powodów przyjęcia – jego zdaniem – nieprawidłowej stawki VAT, czyniąc to dopiero wówczas, gdy jego oferta została odrzucona

Zdaniem Izby Odwołujący, na obecnym etapie postępowania, nie wykazał w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, iż przyjęta przez Zamawiającego oraz wybranego wykonawcę stawka VAT była błędna. Nie przedstawił decyzji właściwego dla niego (Odwołującego) organu podatkowego, z treści której by wynikało, iż istotnie dla usług o nazwie „prace transportowe komunalne (śmieci)” właściwa jest – wbrew twierdzeniom Zamawiającego – stawka 22 % podatku VAT, oświadczając, iż dla usługi „transport śmieci z lasu” należy stosować stawkę 22 % podatku VAT, a ciężar dowodu, a więc udowodnienia zastosowania przez Zamawiającego prawidłowej stawki VAT w poz. 8 „kosztorysu

oertowego”, w tym przypadku, ciąży na Zamawiającym i to Zamawiający powinien był udowodnić, iż podana przez niego stawka VAT jest prawidłowa, mimo iż zgodnie z art. 6 k.c. „ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne”. Niemniej jednak nie bez znaczenia jest ustalenie, czy usługa o nazwie „prace transportowe komunalne (śmieci)” jest tożsama z usługą „transport śmieci z lasu”

W tym miejscu należy podkreślić, iż co prawda Izba nie jest organem właściwym do weryfikowania i kontrolowania prawidłowości zastosowanej stawki VAT, gdyż – zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2004 r., Nr 54, poz. 535 z późn. zm.) – uprawnionymi w tym zakresie są organy skarbowe, jednak w niniejszym stanie faktycznym i w oparciu o przedłożone przez Strony dowody Izba uznała, iż w tym konkretnym stanie faktycznym Zamawiający mógł odrzucić ofertę Odwołującego jako niezgodną z treścią SIWZ. Treść SIWZ oraz wyjaśnienia jej treści powinny bowiem być uwzględnione przez wykonawców przy sporządzaniu oferty, a ewentualne niezgodności, sprzeczności, czy też niespójności oprotestowane w odpowiednim czasie. Tymczasem Odwołujący nie kwestionował w przedmiotowym zakresie wcześniejszych czynności Zamawiającego, a wręcz – jak oświadczył Zamawiający na rozprawie, czemu Odwołujący nie zaprzeczył - od 1999 roku wykonywał on na rzecz Zamawiającego usługi z zakresu gospodarki leśnej i dla wywozu śmieci – w rozumieniu załącznika nr 2 do SIWZ - stosował dotąd 7% stawkę VAT i kod PKWiU „90.00.21”, na dowód czego Zamawiający przedłożył kserokopię faktury VAT 5/12/08 wystawioną przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego oraz protokół odbioru śmieci z grudnia 2008 r. Prawidłowość wskazanej stawki VAT – jak dalej podkreślał Zamawiający - wynika także z interpretacji Urzędu Skarbowego w Szczytnie, a więc organu właściwego dla Zamawiającego, mimo to zastosował ją posiłkowo, gdyż interpretacja ta wiąże strony w indywidualnej sprawie, niemniej jednak z jej treści wynika, że „usługi sprzątnięcia lasu tj. zbieranie i wywóz śmieci (...) mieszczą się w PKWiU 90-03.13-00.10” i objęte są 7% stawką VAT. Z oświadczenia Zamawiającego nadto wynika, iż pozycja „zbieranie śmieci” wskazana w załączniku nr 2 (zgodnie z zawartymi tam zapisami) obejmuje prace ręczne ich fizycznego zbioru oraz podwóz i wywóz śmieci, a więc opis tej części zamówienia odpowiada temu, który był przedmiotem interpretacji Izby. Natomiast w kosztorysie ofertowym jedynie dodatkowo doprecyzowano w celu ułatwienia ustalenia prawidłowej stawki podatku VAT przez wykonawców, iż chodzi o transport śmieci, rozumiany jako zbieranie, podwóz i wywóz (zgodnie z zapisami załącznika nr 2), a słowo „komunalne” miało nadto wskazywać wykonawcom prawidłową grupę PKWiU i właściwą stawkę opodatkowania, podaną następnie także na zebraniu wykonawców. Powyższe oznacza, iż Zamawiający dołożył należytej staranności, ustalając prawidłową stawkę VAT, na dowód czego przedłożył m.in. dokumenty, w oparciu o które taką decyzję podjął.

Co prawda Zamawiający nie zamieścił na swej stronie internetowej – zgodnie z art. 38 ust. 3 ustawy Pzp – informacji zawierającej zgłoszone na zebraniu pytania o wyjaśnienie treści SIWZ oraz odpowiedzi na nie. Niemniej jednak uchybienie to można uznać za uchybienie formalne, gdyż ci wykonawcy, którzy złożyli oferty byli na powoływanym wcześniej zebraniu i żaden z nich nie oprotestował zaniechania czynności umieszczenia stosownej informacji na stronie internetowej Zamawiającego

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, iż Odwołujący nie tylko, że nie udowodnił, ale nawet nie uprawdopodobnił, że zastosowana przez niego stawka podatku VAT jest stawką prawidłową, w przeciwieństwie do Zamawiającego, który wykazał, że w sposób należyty ustalił prawidłową stawkę VAT i tak ustalona stawka, w tym stanie faktycznym, jest stawką prawidłową.

W świetle powyższego uznać również należy, iż oferta wykonawcy ALFA jest ofertą zgodną z treścią SIWZ. Skoro bowiem wykonawca zastosował stawkę podatku VAT podaną przez Zamawiającego wykonawcom w trakcie zebrania, nie można mu z tego tytułu czynić zarzutu, tym bardziej, iż jak wyżej podkreślono Odwołujący w sposób nie budzący żadnych wątpliwości nie wykazał, iż wymagana przez Zamawiającego stawka podatku VAT jest stawką nieprawidłową

Nadto Izba uznała, iż do jednego kodu (symbolu) CPV można zastosować jednocześnie jeden lub więcej kodów (symboli) PKWiU ze względu na odmienną szczegółowość baz danych słowników obejmujących te kody, a Zamawiający, określając przedmiot zamówienia ma niewątpliwie obowiązek kierować się kodem CPV i ten został określony przez niego w sposób prawidłowy. Natomiast tego, że Zamawiający określił CPV kompleksowo dla całego zamówienia, nie można uznać za nieprawidłowe.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, iż zarzut braku żądania przez Zamawiającego zezwolenia na transport odpadów jest zarzutem złożonym po terminie i jako takiego nie może rozpatrywać, jak również nie dopatrzyła się wskazanych przez Odwołującego przepisów.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania.

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 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....