

Sygn. akt: KIO 24/13

WYROK
z dnia 21 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 stycznia 2013 r. przez wykonawcę **Zakład Usług Leśnych, B. S....., P. K..... Sp. j., ul. Leyka w Szczytnie** w postępowaniu prowadzonym przez **Państwowe Gospodarstwo Leśne, Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Spała, ul. A. Gabrysiewicza 2, 97-215 Spała**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Zakład Usług Leśnych, B. S....., P. K..... Sp. j. ul. Leyka 48, w Szczytnie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Zakład Usług Leśnych, B. S....., P. K..... Sp. j. ul. Leyka 48, w Szczytnie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Piotrkowie Trybunalskim.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Lasy Państwowe Nadleśnictwo Spała prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Usługi z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Spała w latach 2013 - 2015”.

Wykonawca : Zakład Usług Leśnych, B..... S....., D..... K....., spółka jawna w Szczytnie (dalej: odwołujący) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności zamawiającego z dnia 27 grudnia 2012r polegającej na odrzuceniu oferty złożonej na: część 2 zamówienia - Leśnictwo Kierz, część nr 3 zamówienia - Leśnictwo Małecz, część nr 4 zamówienia - Leśnictwo Kruszewiec, część nr 7 zamówienia- Leśnictwo Jasień oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez J..... G..... „Usługi Leśne” - na część 2 zamówienia, Jana Cukra „Zakład Usług Leśnych” - na część 3 zamówienia, H..... P..... „Zakład Usług Leśnych” - na część 4 zamówienia oraz M..... R..... „Usługi leśne - prace w zakresie zrywki drewna i hodowli lasu”- na część 7 zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 prawa zamówień publicznych w zw. z art. 41 ust. 2 ustawy z dnia z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług.

Odwołujący wniósł o uchylenie czynności odrzucenia jego oferty i wyboru ofert i nakazanie zamawiającemu :

- a) przyjęcie oferty odwołującego jako poprawnie złożonej,
- b) odrzucenie ofert wykonawców zawierających stawkę VAT 23% na usługi transportowe w poz. ochrona lasu bez grodzień tj. :
 - oferty J..... G..... „Usługi Leśne” w Jaksonku i R..... Ż..... „Usługi leśne” w Dzielnicy - na część 2 zamówienia
 - oferty J..... C..... „Zakład Usług Leśnych” w Lubochni - na część 3 zamówienia,
 - oferty H..... P..... „Zakład Usług Leśnych” w Konewce - na część 4 zamówienia,

- oferty M..... R..... „Usługi leśne - prace w zakresie zrywki drewna i hodowli lasu” w Jasieniu i A..... W..... „Zakład Usług Leśnych” w Dąbrowce - na część 7 zamówienia,

c) powtórzenia oceny ofert i wyborze jako najkorzystniejszej oferty na części : 2,3,4 i 7 zamówienia oferty złożonej przez odwołującego.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego w częściach 2, 3, 4 i 7.

Jako przyczynę odrzucenia oferty wskazano błąd w obliczeniu ceny (art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy pzp), polegający na zastosowaniu niewłaściwej stawki podatku od towarów i usług. W ofercie zastosowano bowiem 8% stawkę VAT w pracach transportowych - ochrona lasu bez grodzień. Zdaniem zamawiającego była ona nieprawidłowa. Prawidłowa stawka podatku powinna wynosić 23%.

Jednocześnie zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszych ofert złożonych przez konkurencyjnych wykonawców. Wszystkie wybrane jako najkorzystniejsze oferty zawierały 23% stawkę VAT w pracach transportowych - ochrona lasu bez grodzień. W ocenie odwołującego decyzja zamawiającego jest niezgodna z prawem, zamawiający dokonał bowiem błędnej interpretacji cyt. przepisu.

Zastosowanie nieprawidłowej stawki VAT jest traktowane jako błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 prawa zamówień publicznych. Potwierdził to Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia z dnia 20 października 2011 r. (III CZP 52/2011) Odwołujący stwierdza, że to jednak nie jego oferta, a oferty wybrane jako najkorzystniejsze zawierają nieprawidłową stawkę VAT, a tym samym powinny być odrzucone.

Zamawiający w siwz sprecyzował w opisie przedmiotu zamówienia, iż sporną usługą jest chemiczna ochrona lasu przed zgryzaniem. Objęte nią czynności zamawiający podzielił na dwie grupy: prace ciągnikiem oraz zabezpieczenie upraw przy pomocy repelentu. Dokonując oceny ofert zamawiający zakwestionował zastosowanie przez odwołującego (a także przez innych wykonawców) 8% stawki VAT na objęte wskazaną wyżej usługą prace ciągnikiem. W piśmie informującym o wyniku postępowania określono je przy tym jako „prace transportowe”.

Odwołujący neguje stanowisko zamawiającego. Usługi z zakresu ochrony lasu bez grodzień, w tym również chemiczna ochrona lasu przed zgryzaniem mieszczą się w kategorii usług związanych 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, określonych w klasie PKWiU 02.40.10, do których stosuje się 8% stawkę VAT. Nie ma przy tym znaczenia, że zamawiający rozbił w opisie przedmiotu zamówienia wskazane wyżej usługi na dwie czynności : prace godzinowe ciągnikiem oraz zabezpieczenie upraw przy użyciu repelentu. Prace ciągnikiem (w tym dokonywany nim transport) mieści się bowiem w kategorii usługi ochrony lasu bez grodzień (w tym przypadku chemicznej ochrony lasu przed zgryzaniem).

Zastosowana przez zamawiającego klasyfikacja służąca opisowi poszczególnych grup czynności objętych zamówieniem jest tylko wewnętrznym zabiegiem technicznym zamawiającego służącym pewnej przejrzystości w opisie przedmiotu zamówienia i w żadnym przypadku nie może być podstawą oceny zastosowania właściwej lub niewłaściwej stawki VAT. Jedynym właściwym w tej mierze aktem jest ustawa z dnia 11 marca 2004r o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54 poz. 535), a konkretnie załącznik nr 3 do ustawy zawierający wykaz towarów i usług, opodatkowanych stawką podatku w wysokości 8%. Zawiera on w poz. 137 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. Określa przy tym wskazane usługi za pośrednictwem PKWiU jako zawarte wyłącznie w grupie 02.40.10 tej klasyfikacji.

Podnieść należy, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług jako pewnej całości. Nie mogą one być dzielone na poszczególne elementy i odrębnie klasyfikowane. Usługą jest chemiczna ochrona lasu przed zgryzaniem, a składa się na nią zarówno dowóz (transport) środków ochrony na miejsce wykonywania czynności, przygotowanie repelentu o odpowiednim stężeniu, nakładanie repelentu na uprawy, uprzątniecie miejsca pracy (w tym wywóz - transport pustych opakowań) i ewentualne inne czynności niezbędne dla wykonania usługi mieszczące się w pojęciu chemicznej ochrony przed zgryzaniem. Gdyby przedmiotem usługi objętej zamówieniem był tylko dowóz repelentu jako specyficzna „usługa transportowa” to powinno wprost wynikać ze SIWZ. Określenie przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu usługi jako „chemicznej ochrony lasu przed zgryzaniem” jednoznacznie natomiast wskazuje, że chodzi o pewien rodzaj różnorodnych czynności składających się na przedmiot zamówienia. Żadna z tych czynności nie

może być przy tym klasyfikowana jako odrębna usługa, lecz wszystkie jako pewna całość składająca się na pojęcie „chemicznej ochrony lasu przed zgryzaniem”.

Na marginesie jedynie należy zauważyć, iż teoretycznie w skład usługi „chemicznej ochrony lasu przed zgryzaniem” w ogóle nie muszą wchodzić prace transportowe wykonywane ciągnikiem. Transport repelentu (zwłaszcza jego niewielkich ilości, na niewielką odległość między miejscem jego składowania a miejscem czynności) może bowiem odbywać się nawet ręcznie. Taka możliwość jest jedynie potwierdzeniem przedstawionej wyżej tezy, iż „rozbicie” przez zamawiającego usługi chemicznej ochrony lasu na poszczególne czynności służy jedynie przejrzystości opisu przedmiotu zamówienia.

Zaprezentowana interpretacja pojęcia świadczenia (zamówienia) jako pewnej nierozłącznej całości jest od dawna przyjęta zarówno w doktrynie prawa jak oraz w orzecznictwie sądów powszechnych i sądów administracyjnych, a także w orzecznictwie z zakresu Prawa zamówień publicznych. Niezwykle istotną okolicznością potwierdzającą poprawność powyższej interpretacji, a tym samym zastosowanie w naszej ofercie prawidłowej stawki VAT jest również dotychczasowa postawa zamawiającego. W 2011 r. ten sam zamawiający prowadził postępowanie przetargowe na ten sam rodzaj usług. Jedyna różnica polegała na odmiennym nazwaniu w kosztorysie ofertowym prac wykonywanych ciągnikiem w ramach usługi ochrony lasu. W postępowaniu w 2011 r. określono je jako „prace ciągnikowe”, w obecnym jako „prace transportowe”. W ofercie z 2011 r. odwołujący określił stawkę VAT na powyższe prace w wysokości 8% (traktując je jako element usługi ochrony lasu przed zgryzaniem). Złożona oferta została uznana za poprawną i wybrana jako najkorzystniejsza. W oparciu o taką ofertę zawarto umowę z zamawiającym.

Przepisy prawa, regulujące wysokość stawek podatku VAT nie uległy zmianie od czasu zawarcia poprzedniej umowy. Stanowisko zamawiającego uznającego różną wysokość stawki na te same usługi w różnych latach (bez zmiany przepisów) jest więc pozbawione podstaw faktycznych i prawnych.

Ocena przedstawionych powyżej okoliczności musi prowadzić do stwierdzenia, że oferty, w których zastosowano stawkę VAT w wysokości 23% na prace ciągnikiem w ramach ochrony lasu zawierają błąd w obliczeniu ceny, których zamawiający nie może poprawić. Stosownie więc do treści art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp powinny zostać odrzucone.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości.

Zamawiający stwierdził, że stanowisko odwołującego jest nieuzasadnione i pomija istotę oraz charakter wykonywanych usług, pozostaje w sprzeczności ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia w oderwaniu od specyfiki i metodologii wykonywania usług wypracowanej na podstawie wewnętrznych unormowań obowiązujących w PGL Lasy Państwowe oraz przyjętym w siwz sposobem klasyfikowania usług.

Zamawiający zauważył, że znaczna część odwołania stanowi interpretację pojęcia usług chemicznej ochrony lasu przed zgryzaniem, a odwołujący sprowadza usługi ochrony lasu bez Grodzień do tej wąskiej kategorii. Zamawiający wskazuje na każdy z opisów części zamówienia, z których wynika, iż w ramach ochrony lasu bez grodzień mieszczą się poza chemiczną ochroną lasu przed zgryzaniem także usługi związane m. in. z konserwacją budek lęgowych czy sprzątaniem śmieci z terenów leśnych.

W każdym z leśnictw objętych poszczególnymi częściami zamówienia indywidualnie określono wymiar prac transportowych.

W leśnictwie Kierz (część 2 zamówienia) prace transportowe (prace godzinowe – ciągnik zagospodarowanie) ujęte zostały w wymiarze 6 h wyłącznie w odniesieniu czynności – sprzątanie śmieci z terenów leśnych. W tym przypadku prace transportowe ciągnikiem w ogóle nie zostały przewidziane przy ochronie chemicznej repelentem przed zgryzaniem.

W leśnictwie Małecz (część 3 zamówienia) prace transportowe przewidziano na 6 h przy konserwacji budek lęgowych. Czynności te polegają na rozwieszeniu skrzynek lęgowych w odróżnieniu od czynności czyszczenia skrzynek, sklasyfikowanych jako prace ręczne. Nadto przewidziano 32 h przy sprzątaniu śmieci z terenów leśnych. Tu prac ciągnikiem nie można rozpatrywać wyłącznie w charakterze akcesoryjnego świadczenia do prac ręcznych – sprzątania. Prace transportowe – ciągnikiem przy ochronie chemicznej przed zgryzaniem przewidziano na 1 h i nie mieszczą się w katalogu czynności z zastosowaniem repelentu. (o czym niżej)

W leśnictwie Kruszewiec (część 4 zamówienia) prace transportowe – ciągnikiem przewidziano wyłącznie dla czynności sprzątania w wymiarze 20 h, brak jest prac transportowych w związku z ochroną przed zgryzaniem.

W leśnictwie Jasień (część 7 zamówienia) na czynności transportowe związane z ochroną przed zgryzaniem w wymiarze 26,5 h przewidziano także prace transportowe w związku z konserwacją budek lęgowych w wymiarze 10 h.

Zamawiający wskazał na Katalog norm czasu dla prac w zagospodarowaniu lasu ustalony przez Dyrektora Generalnego Lasów Państwowych stanowiący podstawę sporządzania opisów przedmiotu zamówienia w siwz w tym pkt 5f tiret drugie „zabezpieczenie sadzonek i drzewek prze zwierzyną przy użyciu preparatów chemicznych w uprawach i młodnikach obejmuje przygotowanie preparatu do nakładania na sadzonki oraz przygotowanie narzędzi do smarowania, doniesienie preparatu na uprawę, zabezpieczenia sadzonek, oczyszczenie urządzeń.” Wg pkt 9 „w przypadku wystąpienia prac nie ujętych w katalogu oraz dla prac wymienionych w katalogu, a wykonywanych w skrajnie odmiennych warunkach należy opracować normy zakładowe w obowiązującym trybie.”

Z powyższego zamawiający wywodzi, iż transport nie mieści się w rozumieniu usług związanych z chemiczną ochroną przed zgryzaniem, nie został ujęty w katalogu norm czasu, a wymiar świadczonych usług przewozowych określany jest wg innych kryteriów – szacunkowych (jakie materiały i dokąd mają być przewiezione), zatem stanowiąc samoistną usługę jest samodzielnie rozliczany na podstawie protokołów powykonawczych.

Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, a w szczególności treść siwz oraz oferty odwołującego zważyła, co następuje.

Odwołujący ma interes, w rozumieniu art. 179 ustawy pzp w uzyskaniu zamówienia, a tym samym legitymację czynną do wniesienia odwołania zważywszy, że w razie uznania, że odrzucenie jego oferty nastąpiło z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, jego oferta mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą w częściach zamówienia, których dotyczy odwołanie.

Oceniając zarzuty Izba uznała, że stanowisko odwołującego jest nieuzasadnione i pomija istotę oraz charakter wykonywanych usług i szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, determinujący zastosowanie podstawowej stawki podatku od towarów i usług. Jak wynika z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pozostali wykonawcy prawidłowo odczytali specyfikę i metodologię wykonywania usług opisanych siwz i w konsekwencji złożyli oferty z ceną uwzględniającą stawkę podatku w wysokości 23%.

Należy zauważyć, że znaczna część odwołania stanowi interpretację pojęcia usług chemicznej ochrony lasu przed zgryzaniem, a odwołujący sprowadza usługi ochrony lasu bez grodzień jedynie do tej kategorii. Należy wskazać na każdy z opisów części zamówienia, z których wynika, iż w ramach ochrony lasu bez grodzień mieszczą się poza chemiczną ochroną lasu przed zgryzaniem także usługi związane m. in. z konserwacją budek lęgowych czy sprzątnięciem śmieci z terenów leśnych.

W każdym z leśnictw objętych poszczególnymi częściami zamówienia indywidualnie określono wymiar prac transportowych.

W części 2 zamówienia prace transportowe ujęte zostały w wymiarze 6 godzin wyłącznie w odniesieniu do sprzątnięcia śmieci z terenów leśnych. W tym przypadku prace transportowe ciągnikiem w ogóle nie zostały przewidziane przy ochronie chemicznej repelentem przed zgryzaniem.

W części 3 zamówienia prace transportowe przewidziano na 6 godzin przy konserwacji budek lęgowych i 32 godziny przy sprzątnięciu śmieci z terenów leśnych. Prac ciągnikiem miały tu charakter podstawowy, a zatem nie podlegają preferencyjnej stawce podatkowej w wysokości 8%.

W części 4 zamówienia prace transportowe – ciągnikiem przewidziano wyłącznie dla czynności sprzątnięcia w wymiarze 20 godzin i w ogóle brak jest prac transportowych w związku z ochroną przed zgryzaniem. Tak jak w poprzednim wypadku stosuje się stawkę podstawową.

W ostatniej zaskarżonej części 7 zamówienia na czynności transportowe związane z ochroną przed zgryzaniem w wymiarze 26,5 h przewidziano także prace transportowe w związku z konserwacją budek lęgowych w wymiarze 10 h.

Z powyższego wynika, iż transport nie mieści się w rozumieniu usług związanych z chemiczną ochroną przed zgryzaniem, nie został ujęty w katalogu norm czasu, a wymiar świadczonych usług przewozowych określany jest wg innych kryteriów – szacunkowych (jakie materiały i dokąd mają być przewiezione), zatem stanowiąc samoistną usługę jest samodzielnie rozliczany na podstawie protokołów powykonawczych. Z tego względu prace ręczne oraz prace transportowe należy oceniać jako odrębne, odrębnie fakturowane i rozliczane odrębnie na podstawie protokołów powykonawczych. Powyższe usługi nie mogą zatem zostać połączone w ramach jednej szeroko pojętej czynności jako całość i w tym zakresie objęte preferencyjną stawką podatku od towarów i usług przewidzianą w poz. 137 ex 02.40.10 (PKWiU ex 02.40.10.3) załącznika nr 3 do Ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o

podatku od towarów i usług (Dz.U. 2004 Nr 54 poz. 535, tj. Dz. U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054, z 2012 r. poz. 1342.) Biorąc pod uwagę że wysokość stawek VAT określa art. 41 ustawy o podatku od towarów usług i wynosi ona 23% należy stwierdzić, że w niniejszym postępowaniu zamawiający prawidłowo uznał brak podstaw do zastosowania stawki 8% i odrzucił ofertę odwołującego w czterech częściach.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji i oddalono odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Wniosek zamawiającego o zasądzenie kosztów postępowania, w tym wynagrodzenia wg norm przepisanych nie został uwzględniony z braku podstaw prawnych. Zgodnie bowiem z § 3 pkt 2 a rozporządzenia wskazanego wyżej, wynagrodzenie pełnomocnika może być zasądzone jedynie na podstawie rachunku przełożonego do akt sprawy

Przewodniczący: