

**WYROK**

**z dnia 17 stycznia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 grudnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zakład Usług Leśnych „DREWEX” S.C., Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy „TRANSDREW” S.C., Zakład Usług Leśnych i Remontowych, Zakład Usług Leśnych „SOKÓŁ”, Zakład Usług Leśnych „TAXUS”, 46-300 Olesno, ul. Akacyjna nr 6** w postępowaniu prowadzonym przez **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Olesno, 46-300 Olesno, ul. Gorzowska 74**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Zakład Usług Leśnych DĄBROWA M..... T..... i I..... T..... S.C.; Usługi Rolnicze, Transportowe i Leśne A..... P.....; Zakład Usług Leśnych KNIEJA; Firma Produkcyjno-Usługowo-Handlowa K..... K.....; Zakład Usług Leśnych Zrywka Drewna J..... S.....; Firma Usługi Leśne R..... A.....; Zrywka Drewna Transport K..... L.....; Zakład Usług Leśnych BÓR; Usług Leśne J..... Z.....; Zakład Usług Leśnych KNIEJA inż. A..... S.....; Zrywka Drewna S..... R.....; Usługi Leśne P..... M.....; Usługi Transportowe K..... T.....; Usługi Leśne i Transportowe Z..... K.....; ADMIN B..... V.....; RAFAEL R..... S.....; Usługi Przeciwożarowe B..... K..... reprezentowanych przez M..... P..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne P..... M....., 46-331 Radłów, Ligota Oleska 43 oraz J..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych Zrywka Drewna J..... S....., 46-331 Radłów, ul. Kolorowa 17** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, nakazuje zamawiającemu dokonanie ponownej oceny złożonych ofert,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zakład Usług Leśnych „DREWEX” S.C., Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy „TRANSDREW” S.C., Zakład Usług Leśnych i Remontowych, Zakład Usług Leśnych „SOKÓŁ”, Zakład Usług Leśnych „TAXUS”, 46-300 Olesno, ul. Akacyjowa nr 6** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zakład Usług Leśnych „DREWEX” S.C., Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy „TRANSDREW” S.C., Zakład Usług Leśnych i Remontowych, Zakład Usług Leśnych „SOKÓŁ”, Zakład Usług Leśnych „TAXUS”, 46-300 Olesno, ul. Akacyjowa nr 6** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Opolu.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający: Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Olesno, ul. Gorzowska 74, 46-300 Olesno wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Usługi leśne z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Olesno w 2013 r.”.

W dniu 21 grudnia 2012 r. Zamawiający poinformował Odwołującego: Konsorcjum Wykonawców prowadzących działalność gospodarczą pod firmami:

- Zakład Usług Leśnych „DREWEX” S.C., Olesno 46-300, ul. Akacyjowa nr 6 – H..... T..... i U..... T.....
- Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy „TRANSDREW” S.C., Kłobuck 42-100, ul. Długosza nr 120 – H..... K..... i I..... P.....
- Zakład Usług Leśnych i Remontowych, Lubliniec 46-300, ul. Wyszyńskiego nr 129 – L..... T..... i
- Zakład Usług Leśnych „SOKÓŁ”, Dobrodzień 46-380, ul. Miodowa nr 2 – Z..... B.....
- Zakład Usług Leśnych „TAXUS”, Pajęczno 98-330, Murowaniec nr 2 – A..... R..... nr fax: (34) 359-81-90 o następujących czynnościach:
  - pismem ZZ-2710-93-953/2012 o odrzuceniu jego oferty na zadanie nr 1 na podstawie art.89 ust.1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp,
  - pismami ZZ-2710-93-940/2012 i ZH-2710-1/2013/2012 o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty na zadanie nr 1 oferty złożonej przez Konsorcjum firm Zakład Usług Leśnych „DĄBROWA” M..... T..... i ..... T....., Usługi Rolnicze, Transportowe i Leśne A..... P....., Zakład Usług Leśnych „KNIEJA”, Firma Produkcyjno – Usługowo - Handlowa K..... K....., Zakład Usług Leśnych Zrywka Drewna J..... S....., Firma Usługi Leśne R..... A....., Zrywka Drewna Transport K..... L....., Zakład Usług Leśnych „BÓR”, Usługi Leśne J..... Z....., Zakład Usług Leśnych „KNIEJA” inż. A..... S....., Zrywka Drewna S..... R....., Usługi Leśne P..... M....., Usługi Transportowe K..... T....., Usługi Leśne i Transportowe Z..... K....., ADMIN B..... V....., „RAFAEL” R..... S....., Usługi Przeciw-Pożarowe B..... K.....

Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego wskazał, że na str. 15 oferty w poz. planu 201311051 zastosował on stawkę 8% VAT, gdy zdaniem Zamawiającego winna być zastosowana stawka 23% VAT, co zdaniem Zamawiającego uzasadnia

odrzucenie oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp.

Dodatkowo w piśmie ZZ-2710-93-940/2012 wskazał, że w pkt 16 SIWZ określił sposób obliczenia ceny, informując, że błędna stawka VAT będzie traktowana, jako błąd obliczenia ceny i skutkować będzie odrzuceniem oferty.

Nie zgadzając się z powyższymi czynnościami Zamawiającego Odwołujący w dniu 31 grudnia 2012r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności:

1. bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego na zadanie nr 1 zamówienia,
2. zaniechania wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej i wybór oferty droższej niż oferta Odwołującego.

Powyższemu postępowaniu Zamawiającego zarzucił naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że nie zachodzi zarzucany przez Zamawiającego błąd w obliczeniu ceny,
- art. 91 ust.1 ustawy Pzp. przez nie dokonanie wyboru najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami ustalonymi w SIWZ,
- art. 7 ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców.

Odwołujący przy tym wnosił o:

1. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego na zadanie nr 1 zamówienia,
2. unieważnienie czynności Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty na zadanie nr 1
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert na zadanie nr 1 zamówienia z udziałem oferty Odwołującego i ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 18 600 zł stanowiącej koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa procesowego.

W swoim odwołaniu Odwołujący w pierwszej kolejności zauważył, że z obu w/w pism rozstrzygających przetarg nie wynika argumentacja prawna i faktyczna uzasadniająca stanowisko Zamawiającego, że zaistniał wskazany przez niego błąd.

Zwrócił uwagę, że powołana przez Zamawiającego poz. planu 201311051 w rubryce Grupa czynności - nazwa zawiera treść - O-GRODZS konserwacja ogrodzeń, a w rubryce Czynność-nazwa zawiera treść - GRODZ-NK naprawa lub konserwacja ogrodzeń.

Jednocześnie podniósł, że Zamawiający w SIWZ w pkt 3. Opis przedmiotu zamówienia wskazał, że „ 1) Przedmiotem zamówienia są:

a) prace z zagospodarowania lasu, pozyskania ze zrywką drewna (hodowla lasu i nasiennictwo, ochrona lasu zwykła i przeciwpożarowa, ochrona przyrody, melioracje wodne, zadrzewienia, zagospodarowanie turystyczne, pozyskanie ze zrywką drewna) wykonywane ręcznie i narzędziami ręcznymi wraz z transportem związanym (materiałów) i pracami godzinowymi w pozyskaniu drewna wykonywanymi ciągnikami na terenie każdego z Leśnictw (...).”

Następnie zaznaczył, że w dalszej części SIWZ w pkt 16. Opis sposobu obliczenia ceny Zamawiający w części oznaczonej, jako Uwaga w ochronie lasu: wskazał, że: „GRODZ-SN - gradzenie upraw - obejmuje opalenie słupków, wykopanie dołków pod słupki, rozniesienie i wkopanie słupków, doniesieniu siatki, drutu itp., zawieszeniu siatki, rozciągnięcie i umocowanie jej do gruntu poprzez przybicie żerdzi u dołu gradzenia, wykonanie i zamocowanie bram lub przejść. Słupki należy wkopać, co 3 - 4 mb. Dopuszcza się wykonanie gradzenia na tzw. „krzyżakach”. Przymocowanie do gruntu wymaga wówczas wbicia palika do gruntu i przytwierdzenia żerdzi poprzez przybicie ich do palika. „Krzyżaki” muszą być rozstawione prostopadle do powierzchni ziemi. Zabezpieczenie dolnej części słupka folią jest niedopuszczalne. Dodatkowo wymagane jest uszczelnienie gradzenia w miejscach rowów, rabatów, itp.”.

Na podstawie powyższych postanowień SIWZ wywodził, że skoro nie precyzują one szczegółowo treści czynności określonej w poz. planu 201311051, jako czynność GRODZ-NK naprawa lub konserwacja ogrodzeń, to oznacza, że pod tą czynnością należy rozumieć wyłącznie naprawę lub konserwację istniejących na terenie lasu ogrodzeń, a nie budowę nowych ogrodzeń( co wynika z opisu czynności - gradzenie upraw).

Odwołujący przy tym podkreślił, że Zamawiający w tej pozycji planu nie wskazał adresu wykonania czynności naprawy lub konserwacji, co jednoznacznie wskazuje, że pozycja ta ma na celu jedynie ustalenie stawki kosztorysowej dla prac ręcznych.

Potwierdzeniem tego – według Odwołującego - jest brak w tej pozycji wskazania, że obejmuje ona także transport materiałów (słupków do ogrodzeń, siatki, palików, itp. - na co wskazał Zamawiający w pkt. 4. Opis części Zamówienia w pkt 2) lit.a).

Zwrócił także uwagę, że w kalkulacji prac ręcznych uwzględnił pozyskanie drewna średniowymiarowego na słupy o długości powyżej 1,5 mb, korowanie ręczne drewna, wykopy ziemne o różnych przekrojach, zrywkę słupów.

Odwołujący podkreślił przy tym, że w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający nie podał, jaką stawkę VAT mają wykonawcy przyjąć i zastosować do obliczenia ceny na poszczególne czynności, co oznacza, że pozostawił tę kwestię do wyłącznego uznania Wykonawców.

Jednocześnie zauważył, że w pkt 16. Opis sposobu obliczenia ceny SIWZ Zamawiający określił, że w cenie oferty należy uwzględnić podatek od towarów i usług (VAT), a w odniesieniu do usług związanych z leśnictwem i pozyskaniem drewna oraz patrolowaniem lasów należy zastosować stawkę podatku VAT określoną odrębnymi, aktualnie obowiązującymi przepisami, niezależnie od planowanego terminu ich wykonania.

W związku z powyższym Odwołujący wyjaśnił, że przyjął naprawę i konserwację istniejących na terenie lasu ogrodzeń, jako związaną z zagospodarowaniem lasu i jego ochroną, wykonywanymi w ramach usług związanych z leśnictwem i zastosował wobec tego stawkę VAT na tę czynność zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług.

Wskazał, że na podstawie obowiązujących obecnie przepisów ustawy o podatku od towarów i usług, usługi związane z leśnictwem ( Symbol PKWiU 2008 ex 02.40.10) opodatkowane są preferencyjną stawką 8% (poz. 137 załącznika nr 3 w zw. z art. 41 ust. 2 i art. 146a pkt 2 ustawy o podatku od towarów i usług).

Argumentował, że ramach tego symbolu PKWiU mieszczą się zarówno Usługi związane z zagospodarowaniem lasu - 02.40.10.2, jak i Usługi związane z ochroną lasu - 02.40.10.3, Usługi związane z pozyskiwaniem drewna, włączając zrywkę i przemieszczanie drewna na terenie lasu - 02.40.10.4.

Powołał się interpretację indywidualną Dyrektor Izby Skarbowej w Bydgoszczy z dnia 14 kwietnia 2009 r. ITTPP2/443-19a/09/AP, <http://sip.mf.pl.>, w której ten potwierdził, że usługi grodzenia upraw leśnych, - jako mieszczące się w grupowaniu PKWiU 02.02.10 stanowią usługi związane z leśnictwem podlegają 7% stawki podatku.

Zdaniem Odwołującego również naprawa i konserwacja ogrodzeń na terenie lasu

mieszcząca się w grupowaniu PKWiU 02.40.10 wymienionej w poz. 137 w/w załącznika nr 3 podlega preferencyjnej stawce 8%.

Tym samym stanowisko Zamawiającego, że winna być do tych prac zastosowana podstawowa stawka VAT w wysokości 23% - w ocenie Odwołującego - nie znajduje podstaw prawnych i faktycznych.

Odwołujący z ostrożności procesowej podniósł także, że wartość prac zakwestionowanych przez Zamawiającego wynosi brutto 3 389,85zł, co stanowi 0,1% wartości całej oferty Odwołującego.

Z powyższego względu – zdaniem Odwołującego - Zamawiający mógłby zastosować w tej sytuacji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zgodnie, z którym Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Jako okoliczność bezsporną wskazał, że SIWZ w pkt 16. Opis sposobu obliczenia ceny stanowi, że: „W cenie oferty należy uwzględnić podatek od towarów i usług (VAT). W odniesieniu do usług związanych z leśnictwem i pozyskaniem drewna oraz patrolowaniem lasów należy zastosować stawkę podatku VAT określoną odrębnymi, aktualnie obowiązującymi przepisami, niezależnie od planowanego terminu ich wykonania. Błędna stawka podatku VAT będzie traktowana, jako błąd obliczenia ceny i obligatoryjnie będzie skutkować odrzuceniem oferty”.

Z powyższego postanowienia SIWZ wynika – w ocenie Odwołującego - uzasadnianie zastosowania stawki VAT, jednak równocześnie w przypadku uznania jej za błędną powoduje, że oferta w tej części byłaby niezgodna z SIWZ, jednak w sposób niepowodujący istotnych zmian w treści oferty.

Zwrócił uwagę, że badaniu prawidłowości stawek VAT należy nadawać możliwe najbardziej racjonalny wymiar i znaczenie.

Zaznaczył, że w przedmiotowej ze wzoru umowy wynika, że dla Zamawiającego ceny netto określone w umowie/ofercie pozostają niezmiennie przez cały okres obowiązywania umowy, a wysokość podatku VAT winna być zgodna z obowiązującymi przepisami i ich interpretacjami w dniu wystawiania faktury.

Dodatkowo podniósł, że w pkt 16 Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert( Zamawiający dwukrotnie użył liczbę 16 na oznaczenie różnych części SIWZ ), a w pkt 2 Ocena ofert w zakresie przedstawionego wyżej kryterium Zamawiający dla zadania nr 1 ustalając formułę wyliczenia wartości punktowej kryterium ceny użył określić: najniższa cena spośród ofert ważnych i cena oferty badanej bez określenia czy dotyczy to cen brutto (z VAT) czy netto.

Ponadto – w ocenie Odwołującego - wyliczenie tej wartości punktowej kryterium ceny i tym samym dokonanie porównania ofert zgodnie z tym kryterium możliwe jest także przy cenach netto.

Zwrócił uwagę, że skutkiem odrzucenia oferty Odwołującego w kwocie brutto 8 353 744, 90 zł było, że Zamawiający dokonał wyboru oferty w kwocie brutto 8 631 074,83 zł, jako najkorzystniejszej, a odrzucenie jego oferty spowoduje wydatkowanie przez Zamawiającego kwoty o 277 362,93 zł większej na realizację zamówienia.

W dniu 3 stycznia 2013r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Usług Leśnych DĄBROWA M..... T..... i I..... T..... S.C.; Usługi Rolnicze, Transportowe i Leśne A..... P.....; Zakład Usług Leśnych KNIEJA; Firma Produkcyjno-Usługowo-Handlowa K..... K.....; Zakład Usług Leśnych Zrywka Drewna J..... S.....; Firma Usługi Leśne R..... A.....; Zrywka Drewna Transport K..... L.....; Zakład Usług Leśnych BÓR; Usług Leśne J..... Z.....; Zakład Usług Leśnych KNIEJA inż. A..... S.....; Zrywka Drewna S..... R.....; Usługi Leśne P..... M.....; Usługi Transportowe K..... T.....; Usługi Leśne i Transportowe Z..... K.....; ADMIN B..... V.....; RAFAEL R..... S.....; Usługi Przeciwożarowe B..... K..... reprezentowanych przez M..... P..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Leśne P..... M....., 46-331 Radłów, Ligota Oleska 43 oraz J..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Leśnych Zrywka Drewna J..... S....., 46-331 Radłów, ul. Kolorowa 17 zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.



## **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść złożonej przez Odwołującego oferty, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego z dnia 3 stycznia 2013r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 15 stycznia 2013r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 16 stycznia 2013r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez pełnomocników stron i uczestnika wyjaśnień, Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający i Przystępujący zgodnie wnosili o jego oddalenie w całości.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba stwierdziła, że doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7, art. 89 ust 1 pkt 6, art.91 ust.1 powołanej wyżej ustawy Pzp.

Istotnym zagadnieniem prawnym wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu zaoferowania przez tego wykonawcę ceny zawierającej błąd w jej obliczeniu.

Rozpoznając przedmiotową sprawę Izba uznała, że podana przez Odwołującego w ofercie na stronie 15 pod poz. planu 201311051 – konserwacja ogrodzeń, stawka podatku VAT w wysokości 8% została określona prawidłowo, a w konsekwencji określona w ofercie cena nie zawierała błędu w jej obliczeniu.

Zgodnie z art.42 ust.2 ustawy o podatku od towarów i usług z dnia 11 marca 2004 r. (Dz.U. Nr 54, poz. 535) tekst jednolity z dnia 29 lipca 2011 r. (Dz.U. Nr 177, poz. 1054) dla towarów i usług, wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stawka podatku wynosi 8%, z zastrzeżeniem ust. 12 i art. 114 ust. 1.

Powyższa stawka ma charakter przejściowy i obowiązuje w okresie od dnia 1.01.2011 r. do dnia 31.12.2013 r., z zastrzeżeniem art. 146f, zgodnie z art. 146a pkt 2.

Natomiast załącznik 3 do cyt. wyżej ustawy zawiera Wykaz towarów i usług, opodatkowanych stawką podatku w wysokości 8%.

W pozycji 137 tegoż wykazu, jako symbol PKWiU występuje - ex 02.40.10 o nazwie 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.

Według zapatrywania Izby wskazana na stronie 15 pod poz. planu 201311051 – konserwacja ogrodzeń odpowiada usłudze związanej 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.

Zdaniem Izby przedmiotowa usługa konserwacji ogrodzeń jest usługą dodatkową w stosunku do usługi podstawowej, jaką jest usługa wymieniona w poz.137 załącznika nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług i stanowi ona usługę związaną z leśnictwem.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, opartego o treść pisma Głównego Urzędu Statystycznego z dnia 16 lutego 2010r.wskazującego, iż usługa konserwacji ogrodzeń mieści się w grupie PKWiU 45.34.10 – 00.00 „Roboty związane ze stawianiem płotów i ogrodzeń”(według klasyfikacji z 1997r.) i „Roboty związane z zakładaniem ogrodzeń, balustrad i poręczy”(według klasyfikacji z 2004r.).

W ocenie Izby określona w ofercie Odwołującego usługa konserwacji ogrodzenia w spornej pozycji nie stanowi roboty budowlanej, na co wskazywałaby powyższa klasyfikacja.

Nadto Izba przyjęła również, że powyższa czynność konserwacji ogrodzeń pozostaje w trwałym związku z usługami leśnymi, z tego powodu, że w omawianym przypadku odbywa się ona w oderwaniu od czynności ciągnikowych związanych z transportem, bez wykorzystania nowych ogrodzeń - siatki i zakupu słupków, co ma wpływ na ocenę kwalifikacji działalności.

Jednocześnie należy zauważyć, że przedmiotowe pismo GUS było wystawione prawie 3 lata temu i również klasyfikacja działalności mogła w tym czasie ulec zmianie.

Z powodu nie umieszczenia w SIWZ tej informacji pochodzącej z powyższego pisma GUS, okoliczność powiadomienia jednego z konsorcjantów Odwołującego o tej klasyfikacji w 2010r. nie ma – zdaniem Izby – żadnego znaczenia.

Izba powyższą własną ocenę prawną spornej stawki VAT wyprowadziła również z analizy interpretacji indywidualnych Izb Skarbowych wydanych na tle bardzo zbliżonych stanów faktyczno – prawnych.

W rozpoznawanym zakresie należy przywołać następujące interpretacje indywidualne:

1) Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z dnia 14 kwietnia 2009r., sygn.ITTPP2/443 – 19a/09/AP,

2) Dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z dnia 15 marca 2011r., sygn.ILPP1/443 – 1327/10 - 2/AW,

3) Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z dnia 15 czerwca 2011r., sygn.ITTPP1/443 – 454/11/IK,

4) Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z dnia 13 marca 2012r., sygn.ITTPP1/443 – 1700/11/TS.

Na marginesie tego rozstrzygnięcia Izba zaznacza, stosując się do wskazania zawartego w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011r., sygn. akt III CZP 52/11, że skutki prawne oceny stawki podatku VAT nie przesądzają dalej idących konsekwencji jurydycznych, zwłaszcza w płaszczyźnie publicznoprawnej, tj. nie mają rozstrzygającego znaczenia w sferze zobowiązań podatkowych wykonawców wobec Skarbu Państwa, już po zawarciu i wykonaniu umowy z zamawiającym.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż stwierdzone powyżej naruszenia przepisów ustawy Pzp miały lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

**Przewodniczący:.....**