

Sygn. akt: KIO 2968/20
KIO 2997/20

WYROK
z dnia 11 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka
Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 grudnia 2020 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 16 listopada 2020 r. przez wykonawcę **Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie**

B. w dniu 16 listopada 2020 r. przez wykonawcę **Korporacja Budowlana Doraco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Dyrektor Urzędu Morskiego w Szczecinie** przy udziale:

A. wykonawcy **Korporacja Budowlana Doraco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2968/20 po stronie zamawiającego

B. Wykonawcy **Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2997/20 po stronie zamawiającego

C. wykonawcy **A. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „Hydrobud” A. D. z siedzibą w Ustroniu Morskim** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt

KIO 2968/20 oraz KIO 2997/20 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala oba odwołania.

2. Kosztami postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2968/20 obciąża wykonawcę Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie na rzecz zamawiającego: Skarb Państwa – Dyrektor Urzędu Morskiego w Szczecinie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

3. Kosztami postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2997/20 obciąża wykonawcę Korporacja Budowlana Doraco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Korporacja Budowlana Doraco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od wykonawcy Korporacja Budowlana Doraco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku na rzecz zamawiającego: Skarb Państwa – Dyrektor Urzędu Morskiego w Szczecinie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 Szczecinie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 2968/20
2997/20

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Dyrektor Urzędu Morskiego w Szczecinie, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Poprawa infrastruktury w małych portach: Mrzeżyno, Niechorze, Lubin, Trzebież - zadania 1-3 w ramach programu operacyjnego „Rybnictwo i Morze”* w podziale na części. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa Pzp” lub „PZP”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 lipca 2020 r. pod numerem 2020/S 135-331515.

W dniu 16 listopada 2020 r. wykonawca Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, dalej „Odwołujący 1” lub „Strabag”, wniósł odwołanie w zakresie części II zamówienia. Odwołujący 1 zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 7 ust. 1 PZP poprzez brak przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równości wykonawców, a także naruszenia zasady proporcjonalności;
- 2.art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez jego zastosowanie w stanie faktycznym sprawy, w którym nie zachodzi niezgodność oferty Odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a brak wypełnienia przez Odwołującego

rubryki Załącznika do Oferty dotyczącej klauzuli 8.13 [Wymagana Minimalna Ilość Wykonania (Kamień Miłowy)] Warunków Kontraktu, klauzuli 13.3 [Procedura Zmiany] oraz klauzuli 14.3 [Występowanie o Przejściowe Świadcstwa Płatności] Warunków Kontraktu należy kwalifikować jako błąd formalny oferty, który nie ma charakteru merytorycznego i nie wpływa na wynik postępowania, sam zaś dokument pt. „Załącznik do Oferty” nie stanowi oferty w rozumieniu art. 66 § 1 k.c.;

3.art. 66 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy PZP poprzez błędne przyjęcie, iż rubryki Załącznika do Oferty dotyczącej klauzuli 8.13 [Wymagana Minimalna Ilość Wykonania (Kamień Miłowy)] Warunków Kontraktu, klauzuli 13.3 [Procedura Zmiany] oraz klauzuli 14.3 [Występowanie o Przejściowe Świadcstwa Płatności] Warunków Kontraktu stanowią treść oferty Odwołującego

względnie:

4.art. 87 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty odnoszących się do sposobu wypełnienia rubryki dotyczącej klauzuli 8.13 [Wymagana Minimalna Ilość Wykonania (Kamień Miłowy)], klauzuli 13.3 [Procedura Zmiany] oraz klauzuli 14.3 [Występowanie o Przejściowe Świadcstwa Płatności] Warunków Kontraktu - Załącznika do Oferty;

5.art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, tj. Załącznika do Oferty - rubryki dotyczącej klauzuli 8.13 [Wymagana Minimalna Ilość Wykonania (Kamień Miłowy)] Warunków Kontraktu, klauzuli 13.3 [Procedura Zmiany] oraz klauzuli 14.3 [Występowanie o Przejściowe świadcstwa Płatności] Warunków Kontraktu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia wyboru oferty na Część II zamówienia, ponownej oceny ofert, w tym oferty Odwołującego oraz dokonanie jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazywał, że nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia jego oferty n podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, gdyż w jego ocenie nie było konieczności wypełnienia rubryk dotyczących klauzuli 8.13 [Wymagana Minimalna Ilość Wykonania] Warunków Kontraktu oraz klauzuli 13.3.

[Procedura Zmiany] oraz klauzuli 14.3 [Występowanie o Przejściowe Świadcstwa Płatności] w Załączniku do Oferty, a nadto, że brak wypełnienia rubryk dotyczących klauzuli 8.13. [Wymagana Minimalna Ilość Wykonania] Warunków Kontraktu oraz klauzuli 13.3. jak [Procedura Zmiany] i klauzuli 14.3 [Występowanie o Przejściowe Świadcstwa Płatności] w Załączniku do Oferty należy kwalifikować jako uchybienie formalne, a nie merytoryczne, gdyż informacje w nim zawarte nie stanowią oświadczenia woli wykonawcy, a zatem nie stanowią treści oferty i nie mają wpływu na wynik postępowania.

W postanowieniach SIWZ odnoszących się do sposobu przygotowania oferty nie został bowiem sprecyzowany wymóg ani nie został wskazany sposób wypełnienia dokumentu pt. „Załącznik do Oferty”. Odwołujący złożył w ofercie oświadczenie o zapoznaniu się z treścią SIWZ, wyjaśnieniami i zmianami przekazanymi przez Zamawiającego oraz oświadczenie o uznaniu się za związanego określonymi w nich postanowieniami oraz zasadami postępowania. Ponadto Odwołujący złożył oświadczenie, że akceptuje bez zastrzeżeń wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego. W formularzu oferty oświadczył, że zrealizuje zamówienie w terminie 22 miesięcy od dnia zawarcia Kontraktu oraz wskazał doświadczenie zawodowe Specjalisty nr 1 - Przedstawiciela Wykonawcy. Oba elementy były punktowane w ramach kryteriów oceny ofert.

Dokument pt. „Załącznik do Oferty” powtarza treść formularza oferty lub warunków kontraktowych FIDIC (warunków ogólnych lub warunków szczególnych). Na podstawie treści tego dokumentu należałoby przyjąć, że stanowi on część przyszłej umowy, na co wskazuje chociażby wymienienie w nim adresów stron, określenie wysokości kar umownych, wskazanie prawa właściwego i właściwości miejscowej sądu rozpoznającego spory związane z umową, określenie wysokości franszyz redukcyjnych odnoszących się do warunków ubezpieczenia, określenie minimalnej kwoty Przejściowego Świadcstwa Płatności, itp. Biorąc pod uwagę strukturę dokumentów składających się na treść umowy opartej o warunki kontraktowe FIDIC, Załącznik do Oferty pełni funkcję porządkującą.

Treść Załącznika do Oferty nie określa kiedy (tzn. czy na etapie złożenia oferty, czy też na etapie zawarcia umowy) wykonawcy powinni wypełnić puste rubryki. Informacji tej też nie zawierała SIWZ. Treść Załącznika do Oferty dołączony do SIWZ nie zawierała pustych rubryk: każda z rubryk była wypełniona przez Zamawiającego, a w niektórych rubrykach pozostawiono wolne miejsca zapewne do uzupełnienia treści dokumentu na późniejszym etapie, oznaczone kropkami w nawiasach.

Odwołujący podnosił, że jeśli chodzi o rubrykę odnoszącą się do klauzuli 8.13. [Wymagana Minimalna Ilość Wykonania (Kamień Miłowy)], to termin realizacji zamówienia (Czasu na Ukończenie), należało zgodnie z instrukcją zawartą w SIWZ określić w formularzu ofertowym. Zamawiający określił termin wykonania Kamienia Miłowego nr 1 do połowy Czasu na Ukończenie. Termin wykonania Kamienia Miłowego nr 1 jest zastrzeżony na korzyść dłużnika w rozumieniu art. 457 k.c. w zw. z art. 139 ust. 1 PZP. Połowa terminu wykonania zamówienia (Czasu na Ukończenie) upływa w 11 miesiącu od daty zawarcia umowy, gdyż Odwołujący zaoferował, że wykona zamówienie w terminie 22 miesięcy od dnia zawarcia Kontraktu (Daty Rozpoczęcia). Brak jest odesłania w treści klauzuli 8.13. Warunków Ogólnych Kontraktu do Załącznika do Oferty; takiego odesłania nie przewidują też Warunki Szczególne Kontaktu, a więc wypełnienie rubryki w Załączniku do Oferty nie wpływa na sposób wykonania zamówienia.

Wypełnienie rubryki odnoszącej się do klauzuli 8.13. [Wymagana Minimalna Ilość Wykonania (Kamień Miłowy)] Warunków Kontraktowych nie ma żadnego wpływu na treść złożonej przez Odwołującego oferty, gdyż wymóg dotyczący wykonania Kamienia Miłowego nr 1 w terminie określonym przez Zamawiającego został dochowany, ponieważ Odwołujący zaakceptował w formularzu oferty treść umowy bez zastrzeżeń. Tym samym Odwołujący potwierdził w ofercie, że wykona roboty do połowy Czasu na Ukończenie, a jego oświadczenie odpowiada treści SIWZ.

Klauzulę 8.13 Warunków Szczólnych Kontraktu [Wymagana Minimalna Ilość Wykonania (Kamień Miłowy)] wraz z rubryką w Załącznika do Oferty, za względu na jej treść, należałoby interpretować jako zdefiniowanie przez Zamawiającego prac, które należy wykonać w ramach Kamienia Miłowego nr 1 oraz określenia czasu ich wykonania. Zgodnie z Warunkami Kontraktowymi przebieg wykonania prac i jego postęp należy uwzględnić w Programie (klauzula 8.3. Warunków Umowy), sam zaś Program Wykonawca zobowiązany jest złożyć Zamawiającemu w terminie 21 dni od daty zawarcia umowy. Zgodnie z klauzulą 8.3. Warunków Szczólnych Kontraktu Program składać się będzie między innymi z określenia prac wykonywanych w ramach Robót oraz pozostałych czynności niezbędnych do uzyskania Pozwolenia na Użytkowanie. Powyższe prowadzi do wniosku, iż treść rubryki Załącznika do Oferty, odnoszącej się do klauzuli [Wymagana Minimalna Ilość Wykonania (Kamień Miłowy)] nie stanowi treści oferty Odwołującego, tylko stanowi treść

oświadczenia Zamawiającego określającego warunki realizacji przyszłej umowy, którego Odwołujący nie był uprawniony zmienić.

Odnosnie rubryki dotyczącej klauzuli 13.3 [Procedura Zmiany] oraz klauzuli 14.3 [Występowanie o Przejściowe Świadczenia Płatności] Warunków Kontraktu Odwołujący wskazywał, że wypełnienie tej rubryki nie ma żadnego wpływu na treść złożonej przez Odwołującego oferty gdyż klauzula 13.3. [Procedura Zmiany] oraz klauzula 14.3 [Występowanie o Przejściowe Świadczenia Płatności] Warunków Kontraktu reguluje sposób wprowadzenia i rozliczenia zmian w umowie, a zatem dotyczy kwestii nieobjętych zamówieniem.

Odwołujący stwierdzał, że nie kwestionuje sposobu kalkulacji robót wynikających ze zmian na podstawie biuletynu krajowego publikowanego przez profesjonalnych doradców analizujących rynkowe ceny robót budowlanych i inżynierskich od minimum 5 lat, gdyż zaakceptował bez zastrzeżeń treść umowy. Gdyby przyjąć, że wypełnienie rubryk odnoszących ww. klauzul w Załączniku do Oferty stanowi treść oferty wykonawców, to oferty byłyby nieporównywalne. Aktualnie do kosztorysowania robót budowlanych stosuje się biuletyny Sekocenbud, Intercenbud, Orgbud, Eurocenbud, BISTYP, które odmiennie określają sposób kosztorysowania robót budowlanych. Skoro każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu miałby samodzielnie wskazać biuletyn, na podstawie którego dokonywana byłaby wycena robót wynikających ze zmian, to w konsekwencji wobec każdego z wykonawców stosowne byłyby odmienne zasady wykonywania zamówienia.

Wobec powyższego, brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, zaś samo stwierdzenie Zamawiającego w Rozdziale XIII SIWZ - „Opis sposobu przygotowania oferty” - iż Załącznik do Oferty stanowi ofertę, pozostaje bez znaczenia, gdyż jak wykazano, dokument ten nie stanowił oferty w rozumieniu art. 66 § 1 k.c., a stanowił oświadczenie Zamawiającego co do sposobu wykonania umowy.

W przypadku braku uznania przez Izbę stanowiska Odwołującego, że Załącznik do Oferty nie stanowi treści oferty, Odwołujący podnosił, że brak wypełnienia przez niego rubryk odnoszących się do klauzuli 8.13., klauzuli 13.3. oraz klauzuli 14.3 Warunków Kontraktu należało poprawić w ramach procedury wyjaśnienia treści oferty oraz procedury poprawiania omyłek określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP. Na podstawie formularza oferty Zamawiający był w stanie ustalić termin wykonania Kamienia Milowego Nr 1, gdyż Odwołujący określił w formularzu oferty termin wykonania zamówienia. W tym zakresie, w ocenie Odwołującego, nie było nawet potrzeby wzywania Wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty zgodnie z art. 87 ust. 1 PZP. Termin wykonania Kamienia Milowego nie podlegał ocenie Zamawiającego w ramach kryteriów oceny ofert, stąd brak wypełnienia rubryki Załącznika do Oferty odnoszącej się do klauzuli 8.13. [Wymagana Minimalna Ilość Wykonania (Kamień Milowy)], pozostaje bez wpływu na wynik postępowania i nie narusza zasady uczciwej konkurencji. Brak wypełnienia rubryk Załącznika do Oferty odnoszących się do klauzuli 13.3. [Procedura Zmiany] oraz klauzuli 14.3 [Występowanie o Przejściowe Świadczenia Płatności] Warunków Kontraktu nie ma charakteru przedmiotowo istotnego. Rubryki te, jak i same klauzule Kontraktowe, odnoszą się do sposobu wprowadzenia i rozliczenia robót wynikających ze zmian, które nie są objęte zamówieniem.

W odniesieniu do Części I oraz Części II zamówienia w dniu 16 listopada 2020 r. wykonawca Korporacja Budowlana Doraco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, dalej „Odwołujący 2” lub „Doraco”, wniósł odwołanie (sygn. akt KIO 2997/20) od następujących czynności Zamawiającego:

1. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „Hydrobud” A. D., dotyczącej części I i części II zamówienia, którym to zaniechaniem Zamawiającego zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, polegające na jego niezastosowaniu do ofert, w których wskazano wadliwą stawkę podatku od towarów i usług w wysokości 23%, podczas gdy dla przedmiotu zamówienia objętego częściami I i II prawidłowa jest stawka podatku od towarów i usług w wysokości 0%;
2. zaniechanie odrzucenia ofert: wykonawcy A. R., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Hydrotechnicznych „R.” A. R. oraz wykonawcy Aarsleff Sp. z o.o., dotyczących części I zamówienia, któremu to zaniechaniu zarzucono naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, polegające na jego niezastosowaniu do ofert, w których wskazano wadliwą stawkę podatku od towarów i usług w wysokości 23% podczas gdy dla przedmiotu zamówienia objętej częścią I jest stawka podatku od towarów i usług w wysokości 0%;
3. wybór podlegających odrzuceniu ofert A. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „Hydrobud” A. D. jako najkorzystniejszych w zakresie Części I i Części II zamówienia, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp;
4. zaniechanie wyboru ofert Odwołującego 2 w części I i Części II zamówienia jako najkorzystniejszych spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru ofert A. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „Hydrobud” A. D. dotyczących Części I i Części II zamówienia; nakazanie Zamawiającemu odrzucenie ofert w zakresie Części I i części II zamówienia złożonych przez: A. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „Hydrobud” A. D.; nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ofert w zakresie Części I zamówienia złożonych przez A. R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usług Hydrotechnicznych „R.” A. R. i Aarsleff Sp. z o.o.; nakazanie Zamawiającemu powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem ofert Odwołującego 2 jako najkorzystniejszych w zakresie Części I i Części II zamówienia.

Odwołujący podnosił, że złożył oferty na Część I oraz II, wskazując stawkę VAT 0%. Pozostali wykonawcy dla powyższych części zamówienia wskazali stawkę VAT 23% Tym samym oferty w odniesieniu do Części I i II zamówienia zawierają nieusuwalną wadę, która skutkuje obowiązkiem ich odrzucenia. Zamawiający zaniechał dokonania czynności odrzucenia do czego zobowiązany był treścią art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zamawiający w SIWZ wymagał, aby ofertach wskazać cenę brutto a także wartość netto i kwotę należnego podatku VAT. Oferty pozostałych wykonawców zawierają kwoty podatku VAT wskazujące na zastosowanie stawki VAT 23%, mimo że prawidłową stawką w odniesieniu do tych części zamówienia jest 0%. Zgodnie z art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535 z późn. zm.) stawkę podatku w wysokości 0% stosuje się do usług związanych z utrzymaniem akwenów portowych i torów podejściowych.

Odwołujący przywołał treść pisma Ministerstwa Finansów z dnia 22 czerwca 2011 r. o numerze PT2/033/I/442/TXW/2011/763 na potwierdzenie swojego stanowiska i wskazywał, że opis okoliczności faktycznych leżących u podstaw cytowanej interpretacji wprost odpowiada zakresowi zamówienia objętego Częścią II, a analogia do zakresu opisanego w Części I zamówienia pozwala na przyjęcie stawki 0% także do tej części zamówienia, gdyż jej celem jest remont odcinka nabrzeża portowego stanowiącego funkcjonalny element akwenu portowego — jego odbudowę,

którego dotyczy art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o VAT.

Zgodnie bowiem definicją z § 2 pkt 5) rozporządzenia w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać morskie budowlane hydrotechniczne i ich usytuowanie akwen portowy stanowi wraz z nabrzeżami i innymi budowlami morskimi, przy których odbywa się postój i przeładunek statków basen portowy. Natomiast zgodnie z § 2 pkt 13) rozporządzenia nabrzeże jest to budowla morska tworząca obudowę brzegu akwenu portu albo przystani morskiej, przeznaczona do postoju i przeładunku jednostek pływających, celów komunikacyjnych, spacerowych, pasażerskich przemysłu stoczniowego albo do składowania ładunków. Jak wynika z powyższego nabrzeże portowe jest funkcjonalnie związane z akwenem portowym w taki sposób, że nadaje sens samemu pojęciu „akwenu portowego” odróżniając je od innych „akwenów”. Akwen staje się „portowy”, o ile stanowi obszar wody otoczony nabrzeżem portowym. Jeśli więc preferencyjna stawka 0% przewidziana jest dla usług związanych z utrzymaniem akwenów portowych to prace związane z zapewnieniem funkcjonowania takiego akwenu poprzez utrzymanie w należyтым stanie (remont) nabrzeża portowego powinny być uznane za objęte dyspozycją art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o VAT. Podobną opinię wyrazili eksperci podatkowi w komentarzu z 2 września 2020 r.

Odwolujący twierdził, że zakres Części I zamówienia obejmuje zgodnie z podziałem w Tabeli Elementów Płatności prace związane z budowlą hydrotechniczną (nabrzeże) służącą do obsługi akwenu portowego. W ocenie Odwołującego cały zakres tej części zamówienia obejmuje prace związane z nabrzeżem portowym jako morską budowlą hydrotechniczną, także w odniesieniu do wskazanej w pkt 2.4 Tabeli „nawierzchni”, którą Zamawiający błędnie określił w opisie przedmiotu zamówienia jako „nawierzchnię za nabrzeżem”, podczas gdy z rysunków technicznych w projekcie budowlanym wynika, że jedyną nawierzchnią objętą zamówieniem jest elementem nabrzeża rozumianego zgodnie z wyżej przywołaną definicją i stanowi jego wierzchnią warstwę, na której ma być prowadzona działalność przeładunkowa i inna zgodnie z definicją z § 2 ust. 13 rozporządzenia.

Jeśli więc wszystkie elementy Części I zamówienia obejmują zgodnie z dokumentacją projektową remont nabrzeża Południowego w Basenie Rybackim, a celem robót jest poprawa bezpieczeństwa na nabrzeżu oraz dostosowanie go do obowiązujących przepisów to zakres ten stanowi usługę związaną z utrzymaniem akwenu portowego rozumianego jako funkcjonalną całość z nabrzeżem, to do całej tak określonej części zamówienia zastosowanie mieć powinna preferencyjna stawka podatku Vat 0%. Nie podlegają też zmianie podstawowe parametry geometryczne basenu portowego i jego przebieg, co potwierdza możliwość zastosowania preferencyjnej stawki VAT, zgodnie z interpretacją Ministerstwa Finansów.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (sygn. akt KIO 2968/20) skutecznie przystąpili: wykonawca Korporacja Budowlana Doraco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku oraz wykonawca A. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „Hydrobud” A. D. z siedzibą w Ustroniu Morskim.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (sygn. akt KIO 2997/20) skutecznie przystąpili: wykonawca A. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „Hydrobud” A. D. z siedzibą w Ustroniu Morskim dalej „Przystępujący”, oraz wykonawca Strabag Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie.

Pismami z dnia 4 grudnia 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołań w całości.

Pismem z dnia 4 grudnia 2020 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, wnosząc także o oddalenie odwołań w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołania zasługują na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pytań i odpowiedzi w zakresie treści SIWZ, ofert złożonych przez wykonawców, informacji Zamawiającego o wyborze ofert najkorzystniejszych. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniach, odpowiedzi na odwołania, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 7 grudnia 2020 r. wraz z przedłożonymi na rozprawie dowodami.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest poprawa infrastruktury w małych portach: Mrzeżyno, Niechorze, Lubin, Trzebież w podziale na trzy części:

- Część I - wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie Nabrzeża Południowego w Basenie Rybackim w Morskim Porcie w Lubinie - zadanie 1,
- Część II - wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie Falochronu Zachodniego i Wschodniego wraz z umocnieniem brzegowym wschodnim w Mrzeżynie zadanie 2,
- Część III - wykonanie robót budowlanych polegających na rozbudowie Pomostu Rybackiego nr 1 w Niechorzu wraz z usunięciem dalby - zadanie 3.

Szczegółowy zakres prac został opisany w dokumentacji projektowej, zawierającej projekty budowlane oraz decyzje udzielające pozwolenia na budowę.

Zgodnie z rozdziałem XIII ust. 2 pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”, Zamawiający wymagał, aby na ofertę składały się wyszczególnione dokumenty, w tym m.in. *formularz ofertowy, którego wzór stanowi załącznik nr 1a, 1b lub 1c do • SIWZ wraz z załącznikami, tj. Załącznikiem do Oferty oraz Wypełnionym Wykazem Płatności.*

Zgodnie z postanowieniami Warunków Szczególnych Kontraktu:

- klauszula 1.1.3.10 Warunków Szczególnych Kontraktu: Wymagana Minimalna Ilość Wykonania (Kamień Milowy)” oznacza wartości lub zakresy Robót, jakie jest zobowiązany wykonać Wykonawca w terminie ustalonym w dokumencie Załącznik do Oferty

- klauszula 8.3 pkt (x) Warunków Szczególnych Kontraktu: Program w zakresie podpunktu (a) będzie zawierał: (...) Wymagane Minimalne Ilości Wykonania (Kamienie Miłowe) ustalone w dokumencie Załącznik do Ofert
- klauszula 8.7 lit. (b) Warunków Szczególnych Kontraktu: Wykonawca zapłaci Zamawiającemu Kary umowne: (...) za niewykonanie Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania (Kamienia Miłowego) z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w terminie ustalonym w dokumencie Załącznik do Oferty (...)
- klauszula 8.13 Warunków Szczególnych Kontraktu: Wykonawca jest zobowiązany wykonać Wymaganą Minimalną Ilość Wykonania (Kamień Miłowy) w wysokości lub w zakresie zgodnie z klauzulą 8.3 (Program) oraz dokumentem Załącznik do Oferty
- klauszula 8.14 Warunków Szczególnych Kontraktu: W przypadku naliczenia, zgodnie z klauzulą 8.7 Kary umownej oraz dokumentem Załącznik do Oferty, Kary umownej związanej z niewykonaniem Kamieni Miłowych, Wykonawca w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego przedstawi Zamawiającemu zabezpieczenie zakończenia Robót w Czasie na Ukończenie w formie gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej, na kwotę równą wysokości należnej Kary umownej. W przeciwnym wypadku, Zamawiający zatrzyma z najbliższego Przejściowego Świadczenia Płatności kwotę równą wysokości należnej Kary umownej, tytułem Kwot Zatrzymanych.
- klauszula 13.3 Warunków Szczególnych Kontraktu: Inżynier, z uwzględnieniem klauzuli 3.5 (Ustalenia), ustali wycenę Zmiany przy wykorzystaniu cen średnich z biuletynu wskazanego w dokumencie Załącznik do Oferty, aktualnych w dacie ustalenia wartości tej zmiany
- klauszula 14.3 Warunków Szczególnych Kontraktu: W szczególności Inżynier ma prawo odmowy zatwierdzenia lub uchylenia wcześniej wydanego zatwierdzenia uszczegółowionego Wykazu Płatności, jeśli jest on przygotowany w sposób zawyżający płatności za jakiegokolwiek elementy robót w odniesieniu do średnich cen z biuletynu wskazanego w dokumencie Załącznik do Oferty: tego elementu Robót, z uwzględnieniem kwot wskazanych w Wykazie Płatności

W Załączniku do Oferty, stanowiącym załącznik do formularza ofertowego, którego wzór stanowił załącznik nr 1b do SIWZ, który należało złożyć wraz z ofertą dla Części II przedmiotu zamówienia wskazano, że *Uwaga: Wykonawcy zobowiązani są do wypełnienia pustych rubryk w niniejszym Załączniku do Oferty.* Rubryki, do których wypełnienia zobowiązani byli Wykonawcy, były oznaczone symbolem „[...]”. Były to następujące rubryki:

- Nazwa i adres Wykonawcy - klauzula 1.1.2.3 & 1.3,
- Czas na Ukończenie - klauzula 1.1.3.3 & 8.2,
- Komunikaty - klauzula 1.3,
- Przedstawiciel Wykonawcy - klauzula 4.3,
- Wymagana Minimalna Ilość Wykonania (Kamień Miłowy) - klauzula 8.13,
- Procedura Zmiany Występowanie o Przejściowe Świadczenia Płatności – klauzula 13.3 & 14.3.

Zamawiający w treści SIWZ nie określił jaką stawkę podatku VAT powinni zastosować wykonawcy w celu obliczenia ceny. Zgodnie z Rozdziałem XX ust. 1 i 2 SIWZ *Podana w ofercie cena musi być wyrażona w złotych polskich. Cena musi uwzględniać wynagrodzenie Wykonawcy łącznie z podatkiem VAT za wykonanie całego przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ. Cena całkowita musi zostać wyliczona w następujący sposób: cena (brutto) wartość netto + kwota należnego podatku VAT.* Również w treści formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1a i 1b do SIWZ czy też we wzorze umowy - Akcie Umowy, stanowiącym załącznik nr 8a i 8b do SIWZ Zamawiający nie określił wysokości stawki należnego podatku VAT.

Izba ustaliła, że w toku postępowania żaden z wykonawców nie wnosił o wyjaśnienie treści SIWZ w powyższym zakresie, tj. w zakresie instrukcji wypełnienia Załącznika do Oferty, ani też w zakresie właściwej stawki podatku VAT.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący 1 składając ofertę dla Części II przedmiotu zamówienia nie wypełnił wszystkich rubryk w Załączniku do Oferty, tj. rubryki dotyczącej Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania (Kamień Miłowy) klauzula 8.13 oraz dotyczącej Procedury Zmiany, Występowania o Przejściowe Świadczenia Płatności klauzula 13.3 & 14.3. Pozostałe wymagane rubryki zostały wypełnione. Pozostali wykonawcy (Przystępujący oraz Odwołujący 2) wypełnili wszystkie wymagane rubryki w Załączniku do Oferty.

Izba ustaliła, że w Odwołujący 2 dla Części I oraz II przedmiotu zamówienia przyjął jako należną stawkę podatku VAT - 0%, podczas gdy pozostali wykonawcy (dla Części I: Konsorcjum firm: PBO Budownictwo Hydrotechniczne i Ogólne Sp. z o.o. - Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Sp. z o.o., PUH R., Aarsleff oraz Przystępujący, dla Części II: Odwołujący 1 oraz Przystępujący) przyjęli jako należną stawkę podatku VAT - 23%.

W dniu 5 listopada 2020 r. Zamawiający dokonał wyboru ofert najkorzystniejszych złożonych przez Przystępującego (w zakresie Części I oraz Części II przedmiotu zamówienia). Równocześnie w zakresie Części II Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego 1 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wskazując, że Strabag nie wypełnił wszystkich wymaganych rubryk w Załączniku do Oferty i podnosząc że *z uwagi na treść przepisów PZP brak było podstaw do wezwania Wykonawcy do udzielenia wyjaśnień w tym zakresie lub poprawienia oferty przez Zamawiającego. (...) Niewypełnienia ww. rubryk nie można było uznać ani za oczywistą omyłkę pisarską, ani też za inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, dlatego też brak było podstaw do usunięcia przez Zamawiającego ww. uchybień na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1) lub 3) PZP. (...).*

Odwołujący 2 otrzymał w Części I 47,72 punktów, zaś w Części II 59,20 punktów. Zamawiający nie dokonał poprawienia złożonych ofert w zakresie wysokości przyjętego przez wykonawców podatku VAT, ani też nie odrzucił żadnej oferty z tego powodu.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołań, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną

w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało ich do złożenia odwołań.

Sygn. akt KIO 2968/20

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na oddalenie. Odwołujący 1 podnosił, że Zamawiający w sposób nieuprawniony odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ, tj. jeżeli oferta została sporządzona niezgodnie z postanowieniami SIWZ, a niezgodność ta nie może być usunięta w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że jego oferta została przygotowana zgodnie z wymaganiami wskazanymi przez Zamawiającego w treści SIWZ.

W ocenie Izby rację należy przyznać Zamawiającemu, że Załącznik do Oferty stanowił treści oferty. Zamawiający ujął bowiem w SIWZ dokument pn. „Załącznik do Oferty” jako element oferty. Jak wynika wprost i jednoznacznie z treści SIWZ (a ponadto jak wynika z samej nazwy tego dokumentu: „Załącznik do Oferty”), dokument ten stanowił część oferty, tj. był załącznikiem do formularza ofertowego, i należało go wraz z formularzem ofertowym (i innymi wymaganymi dokumentami) wypełnić, podpisać i złożyć do upływu terminu składania ofert, zgodnie z rozdziałem XIII ust. 2 pkt 1 SIWZ. Ponadto, konieczność wypełnienia przez wykonawców wszystkich pustych rubryk w Załączniku do Oferty na etapie składania ofert wynikała z treści tego dokumentu, gdzie wprost wskazano w uwadze, że wykonawcy zobowiązani są do wypełnienia pustych rubryk w Załączniku do Oferty.

Co istotne, sam Odwołujący 1 złożył wraz z ofertą dokument pn. „Załącznik do Oferty” i wypełnił w nim część rubryk, tj.: Nazwa i adres Wykonawcy - klauzula 1.1.2.3 & 1.3, Czas na Ukończenie — klauzula 1.1.3.3 & 8.2, Komunikaty - klauzula 1.3 oraz Przedstawiciel Wykonawcy - klauzula 4.3. Pozostawił zaś puste pola w rubrykach: Wymagana Minimalna Ilość Wykonania (Kamień Miłowy) - klauzula 8.13 oraz Procedura Zmiany, Występowanie o Przejściowie Świadectwa Płatności - klauzula 13.3 & 14.3. Rację należy przyznać Zamawiającemu, że stanowisko Odwołującego 1 o braku konieczności złożenia oraz wypełnienia Załącznika do Oferty na etapie postępowania należy uznać za niespójne i wewnętrznie sprzeczne, skoro sam Odwołujący 1 złożył przedmiotowy dokument wraz z ofertą oraz wypełnił część wymaganych rubryk. Równocześnie pozostali wykonawcy prawidłowo wypełnili wszystkie wymagane rubryki w Załączniku do Oferty, a kwestia ta nie stanowiła przedmiotu wyjaśnień treści SIWZ. Konieczność wypełnienia w całości przedmiotowego dokumentu oraz jego dołączenia do oferty nie nasuwała więc żadnych wątpliwości interpretacyjnych w toku postępowania.

Izba doszła do przekonania, że informacje zawarte w Załączniku do Oferty, a dotyczące Wymaganej Minimalnej Ilości Wykonania oraz biuletynu krajowego, posiadają istotny charakter, mający wpływ na realizację umowy oraz sposób jej wykonania. Są to elementy określające wzajemne prawa i obowiązki stron. Na podstawie powyższych informacji Zamawiający ma wiedzę dotyczącą ustalonego przez strony terminu na zrealizowanie przez wykonawcę Kamienia Miłowego z sankcją w postaci kar umownych w przypadku przekroczenia terminu jego wykonania (klauzula 8.7 lit. b), klauzula 8.14). Również, jak wyjaśnił Zamawiający, wskazanie biuletynu krajowego ma swoje praktyczne i istotne zastosowanie, bowiem umożliwia Inżynierowi ustalenie wyceny procedowanej Zmiany oraz weryfikację uszczegółowionego Wykazu Płatności. Zamawiający ma prawo wymagać już na etapie składania ofert podania przez wykonawców wszystkich niezbędnych informacji, aby zabezpieczyć prawidłowość późniejszej realizacji inwestycji.

Zamawiający nie miał też możliwości samodzielnego poprawienia oferty Odwołującego 1 w zakresie deklarowanego terminu wykonania Kamienia Miłowego nr 1 (który ma charakter maksymalny - formuła „nie później niż”) oraz wybranego biuletynu krajowego, określającego rynkowe ceny robót budowlanych oraz inżynierskich. Zwrócenie się do Odwołującego 1 o udzielenie wyjaśnień w powyższym zakresie prowadziło do niedopuszczalnych negocjacji dotyczących złożonej oferty. Jak słusznie podnosił Przystępujący, określenie w Załączniku do Oferty, że Kamień Miłowy nr 1 powinien zostać wykonany „w terminie nie później niż połowa Czasu na Ukończenie” oznacza, że w przypadku zadeklarowania przez Odwołującego 1 Czasu na Ukończenie wynoszącego 22 miesiące, termin wykonania Kamienia Miłowego nr 1 mógł zostać zadeklarowany w czasie nie późniejszym niż 11 miesięcy (a więc wykonawca mógł zadeklarować również termin krótszy, np. 8, 9 czy 10 miesięcy). Zamawiający nie mógł więc dokonać samodzielnego poprawienia oferty Odwołującego 1, ponieważ nie miał wiedzy (oraz nie mógł jej samodzielnie pozyskać na podstawie posiadanych informacji) w zakresie proponowanego przez Odwołującego 1 terminu wykonania Kamienia Miłowego nr 1. W odniesieniu natomiast do biuletynu krajowego, sam Odwołujący 1 podnosił, że aktualnie obowiązują liczne biuletyny krajowe dotyczące rynkowych cen robót budowlanych i inżynierskich m.in. Sekocenbud, Intercenbud, Orgbud, Eurocenbud, BISTYP. Zamawiający również i w tym zakresie nie miał więc wiedzy, który z biuletynów krajowych Odwołujący 1 chciał wskazać.

W przypadku braku danych w ofercie, do których złożenia wykonawca był zobligowany, niemożliwe jest ich wskazanie w terminie późniejszym. Zatem nie sposób twierdzić, że Zamawiający mógł skorzystać z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, który dotyczy możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Instytucja wzywania do wyjaśnień dotyczy tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, lecz jest wyrażona w treści oferty. Nie dotyczy to tej części oferty, co do której wykonawca powinien był wskazać konkretne dane pozwalające na ocenę oferty, lecz tego zaniechał. W ocenie Izby w rozpoznawanym przypadku nie mamy również do czynienia z omyłką określoną w art. 89 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, lecz brakiem pewnych niezbędnych informacji, a brak podania wymaganych przez Zamawiającego danych nie uprawnia do dokonywania jakichkolwiek poprawek oświadczenia wykonawcy polegających na uzupełnieniu oferty wykonawcy.

Reasumując, Izba uznała, że oferta Odwołującego 1 nie odpowiada treści SIWZ i prawidłowo została odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Sygn. akt KIO 2997/20

Izba stwierdziła, że niezasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert innych wykonawców jako zawierających błąd w obliczeniu ceny. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że oferty pozostałych wykonawców zawierają błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu stawki 23% zamiast 0%. Odwołujący nie wykazał w sposób należyty, że dla robót budowlanych w ramach Części I i II przedmiotu zamówienia powinna mieć zastosowanie preferencyjna stawka podatku od towarów i usług w wysokości 0%, a nie stawka podstawowa 23%. Odwołujący dokonał pobieżnej analizy w zakresie

ustalenia prawidłowej stawki podatku VAT i na podstawie tej pobieżnej analizy sformułował wniosek, że roboty objęte zamówieniem są związane z utrzymaniem akwenów portowych i torów podejściowych i ma zastosowanie preferencyjna stawka podatku VAT. Nie powołał się na żadne dowody dotyczące szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia objętego Częścią I i II (dla wykazania faktycznego rodzaju prac koniecznych do wykonania), ograniczając się jedynie do przywołania nazwy zamówienia, ogólnych postanowień SIWZ, tj. ustępu 2 w rozdziale III, Wypełnionego Wykazu Płatności dla Części I oraz Przekrojów A-A i B-B z projektu budowlanego dla Części I. Również załączona do odwołania opinia bazuje jedynie na ogólnych sformułowaniach zawartych w SIWZ. Odwołujący nie przedstawił też żadnej wiążącej interpretacji prawa podatkowego w powyższym zakresie.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 zdanie pierwsze PZP, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Odwołujący nie wypełnił ciążącego na nim obowiązku, ponieważ nie wykazał należycie, że prace w ramach Części I i II przedmiotu zamówienia są związane wyłącznie z utrzymaniem akwenów portowych i torów podejściowych, a tym samym, że w niniejszej sprawie powinna mieć zastosowanie 0% stawka podatku VAT.

Zamawiający wyjaśnił, że ocenie powinien podlegać faktyczny zakres prac opisany szczegółowo w dokumentacji projektowej. Wprawdzie nazwa zadania może sugerować wykonanie prac remontowych, jednakże zakres prac daleko wykracza poza typowy remont w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że nie mamy w niniejszym przypadku do czynienia z „remontem”, a z „budową”, polegającą na „odbudowie” budowli hydrotechnicznej, gdyż w wyniku realizacji Części 1 zostaną wykonane między innymi: prace rozbiórkowe całości istniejącego nabrzeża, zupełnie nowy obiekt o innej konstrukcji - nabrzeże oczepowe na stalowej ścianie szczelnej wbitej w kształcie litery T (dotychczasowe nabrzeże ma konstrukcję typu oczepowego z drewnianą ścianką szczelną złożoną z drewnianych brusek) wraz z wyposażeniem zgodnym z obowiązującymi przepisami, grawitacyjna kanalizacja deszczowa odprowadzająca wody opadowe z odbudowywanego nabrzeża oraz terenu przyległego do basenu portowego (obecnie nabrzeże nie jest wyposażone w kanalizację deszczową). Prace budowlane na Falochronie Zachodnim w zakresie Części II polegają na wykonaniu przebudowy z rozbudową, niektóre parametry konstrukcyjne istniejącego falochronu zostaną zmienione. Wszystkie prace konieczne do wykonania wykraczają poza pojęcie zarówno utrzymania, jak i remontu. Prace budowlane dotyczące Części II polegają także na przebudowie z rozbudową Falochronu Wschodniego i umocnienia brzegowego wschodniego w Mrzeżynie. Szczegółowy zakres określono w pozwoleniu na budowę. W tym przypadku również jest to zakres wykraczający poza remont, a tym bardziej poza prace utrzymaniowe stanowiące bieżącą konserwację. Zamawiający na wykonanie przedmiotowych prac uzyskał pozwolenia na budowę (dla remontu wymagane byłoby jedynie zgłoszenie). Zarówno Zamawiający jak i organ wydający pozwolenie na budowę zakwalifikowali prace jako rozbiórkę i odbudowę (o nowej konstrukcji).

Izba podziela więc w pełni stanowisko Zamawiającego, że robót budowlanych objętych ww. częściami nie można zakwalifikować jako robót związanych wyłącznie z utrzymaniem akwenów i torów podejściowych. Zakres prac z całą pewnością wykracza poza pojęcie zarówno utrzymania, jak i remontu, oraz ma na celu polepszenie funkcjonowania akwenu wodnego i torów podejściowych (a nie ich utrzymanie w dotychczasowym stanie). Celem przedmiotowej inwestycji jest jak sama nazwa wskazuje „poprawa infrastruktury”. Z całą pewnością nie można uznać, że mamy do czynienia wyłącznie z usługami „utrzymaniowymi”, skoro zamierzeniem Zamawiającego jest udoskonalenie istniejącej infrastruktury.

Reasumując, preferencyjna stawka podatku VAT może zostać zastosowana jedynie w przypadku, gdy brak jest jakichkolwiek wątpliwości co do uprawnienia do skorzystania z niej. Odwołujący nie przedstawił w zasadzie żadnych dowodów na potwierdzenie, że w postępowaniu stawka podatku 0% jest prawidłowa dla wszystkich robót objętych Częścią I i II przedmiotu zamówienia.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 i § 5 rozporządzenia 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. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: