Sygn. akt: KIO 2213/12

WYROK
z dnia 26 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Agata Mikołajczyk

Aneta Mlącka

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum: Budimex S.A., FERROVIAL AGROMAN S.A. (Hiszpania), ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa,**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Urząd Morski w Szczecinie, Pl. Batorego 4, 70-207 Szczecin,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum: Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o., Zakład Robót Hydrotechnicznych UW SERVICE Sp. z o.o., ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2213/12 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża **Urząd Morski w Szczecinie, Pl. Batorego 4, 70-207 Szczecin,** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum: Budimex S.A., FERROVIAL AGROMAN S.A. (Hiszpania), ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **Urząd Morski w Szczecinie, Pl. Batorego 4, 70-207 Szczecin,** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum: Budimex S.A., FERROVIAL AGROMAN S.A. (Hiszpania), ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa,** stanowiących uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i wpisu od odwołania.

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 **Szczecinie.**

Przewodniczący: ……..…

……..…

……..…

Sygn. akt: KIO 2119/12

Uzasadnienie

Zamawiający: Skarb Państwa - Urząd Morski w Szczecinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Przebudowa falochronów i umocnień brzegowych zapewniających dostęp do portu w Dziwnowie". Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 maja 2012r. pod numerem: 2012/S 84-13775.

Pismem przesłanym wykonawcom faksem w dniu 2 października 2012 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Konsorcjum: Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o., Zakład Robót Hydrotechnicznych UW SERVICE Sp. z o.o. (zwane dalej „Konsorcjum DORACO") oraz o odrzuceniu oferty, złożonej przez Konsorcjum: Budimex S.A., FERROVIAL AGROMAN S.A. (zwane dalej "Konsorcjum Budimex") 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 „Pzp". W uzasadnieniu decyzji zamawiający wskazał, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny ponieważ wykonawca zastosował błędną stawkę podatku VAT w wysokości 23%.

Odwołujący, Konsorcjum Budimex, wniósł odwołanie wobec powyższych czynności oraz wobec zaniechania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:
- art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że odwołujący zastosował w swojej ofercie nieprawidłową stawkę podatku VAT - 23%, w konsekwencji odrzucenie oferty, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny,
- art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez wybór oferty nie będącej ofertą najkorzystniejszą i zaniechanie wyboru oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Wykonawca podniósł w uzasadnieniu, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie falochronów i umocnień brzegowych zapewniających dostęp do portu w Dziwnowie. Z treści zapisów siwz nie wynika wprost, jaką stawkę podatku od towarów i usług powinni przyjąć wykonawcy przy ustaleniu ceny ofertowej za wykonanie przedmiotu zamówienia. W pkt. 20.4 siwz zamawiający wskazał jedynie, że „Zastosowanie przez Wykonawcę stawki podatku od towarów i usług VAT niezgodnej z obwiązującymi przepisami spowoduje odrzucenie oferty".

Odwołujący wskazał, że zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 29 959 608,15 zł, w tym podatek VAT przy przyjęciu 23% stawki podatku. Cena oferty złożonej

przez Konsorcjum DORACO, wynosi 33 236 698,85 zł (z zastosowaniem 0% stawki podatku VAT).

Wykonawcy zobowiązani byli do samodzielnego ustalenia stawki podatku VAT i uwzględnienia w cenie oferty. Odwołujący, dokonując tego ustalenia, przyjął, że dla przedmiotu zamówienia polegającego na wykonaniu robót budowlanych polegających na przebudowie falochronów i umocnień brzegowych zapewniających dostęp do portu w Dziwnowie, nieprawidłowe jest zastosowanie stawki 0%, wskazanej w art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (t.j. Dz.U. z 2011 Nr 177 poz. 1054, zwanej dalej „ustawą o VAT").

Zdaniem odwołującego, różnorodnych usług, składających się na przedmiot zamówienia, nie można uznać za jednorodną usługę związaną z ochroną środowiska morskiego, ani za usługi związane z utrzymaniem akwenów portowych i torów podejścia. Przedmiotowe usługi mają charakter kompleksowy, a składają się na nie m.in. czynności związane z:
- umocnieniem zachodniego i wschodniego brzegu Dziwny,
- wykonaniem sieci instalacji elektrycznej zasilającej urządzenia nawigacyjne,
- budową drogi dojazdowej do falochronu.

Przedmiot tak określonej usługi kompleksowej nie pozwala na zakwalifikowanie jej w całości jako usługę związaną z ochroną środowiska morskiego. Zgodnie bowiem z art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o VAT, aby było możliwe zastosowanie stawki 0%, muszą być łącznie spełnione warunki dotyczące:

- kryterium rodzaju usług, tj. usługi muszą być związane z ochroną środowiska morskiego,
- kryterium ekosystemu, którego dotyczą - czyli usługi muszą dotyczyć środowiska morskiego.
Tymczasem usługi wchodzące w skład niniejszego zamówienia i stanowiące niezbędną jego cześć, polegające na wykonaniu sieci instalacji elektrycznej zasilającej urządzenia nawigacyjne oraz budowie drogi dojazdowej do falochronu, nie spełniają powyższych kryteriów. Dlatego też prawidłową dla nich stawką jest stawka podstawowa, określona w art. 41 ust. 1 ustawy o VAT, czyli 23%. W konsekwencji, o ile dla niektórych z usług składających się na przedmiot zamówienia można by było ewentualnie przyjąć 0% stawkę VAT jako właściwą, o tyle dla usługi kompleksowej jako takiej nie ma już takiej możliwości.

Ponadto, odnosząc się do interpretacji indywidualnej i ogólnej, jakie były na etapie wyjaśnień składane przez wykonawców biorących udział w postępowaniu wskazać należy, że wprawdzie w interpretacjach tych jest mowa o tym, że w pewnych okolicznościach roboty budowlane dotyczące falochronów takie, jak jego remont, czy przebudowa mogą korzystać z preferencyjnej stawki 0%, jednak nie jest to zasadą. Rozstrzygające jest tu bowiem ustalenie, czy owe prace służą utrzymaniu akwenów portowych i torów podejścia (utrzymanie ich w odpowiednim stanie technicznym, w tym zapewnienie ich funkcjonalności), czy też są

---

wykonywane w związku z przebudową akwenów i zmianą ich parametrów technicznych. W niniejszej sprawie, w ocenie odwołującego, zakres robót objętych zamówieniem wskazuje, że przebudowa falochronu i umocnień brzegowych to prace przekraczające bieżące utrzymanie akwenu i toru podejścia.

Na marginesie jedynie odwołujący wskazał, iż wydana przez Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy na rzecz Hydrobudowy Gdańsk S.A. interpretacja indywidualna nie ma wiążącego znaczenia w niniejszym postępowaniu. Jej adresatem, zgodnie z dyspozycją przepisu art. 14b § 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60, z późn. zm.) jest podatnik, który wystąpił o jej wydanie, w tym przypadku Hydrobudowa Gdańsk S.A. Oddziaływanie przedłożonej interpretacji indywidualnej ma zatem bezpośredni skutek tylko wobec podatnika składającego wniosek o jej wydanie i wyłącznie w sferze ewentualnych zobowiązań publiczno-prawnych z tytułu podatku od towarów i usług tego podmiotu. Podobnie trudno przyjąć, aby rozstrzygająca w niniejszej sprawie miała być interpretacja ogólna, na którą powoływało się Konsorcjum DORACO, a to z tej przyczyny, iż tego typu interpretacja ma wprawdzie służyć zapewnieniu jednolitego stosowania przepisów prawa podatkowego przez organy podatkowe oraz organy kontroli skarbowej, jednak jej moc wiążąca sprowadza się do tego, że zastosowanie się do interpretacji ogólnej przed jej zmianą nie może szkodzić temu, kto się do niej zastosował, jak również w przypadku nieuwzględnienia jej w rozstrzygnięciu sprawy podatkowej (art. 14k § 2 Ordynacji podatkowej).

Z ostrożności odwołujący wskazał, że warunkiem uznania, iż oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na błędnym ustaleniu stawki podatku VAT, jest ustalenie, jaką stawkę należy przyjąć dla kalkulacji ceny brutto. Stanowisko to znalazło swój wyraz w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10.09.2012r., sygn. akt KIO 1816/12, KIO 1819/12. W niniejszej sprawie trudno przyjąć, aby argumentacja podnoszona w obu interpretacjach jednoznacznie wskazywała, zwłaszcza z uwzględnieniem poniżej poczynionych uwag, że odwołujący zastosował nieprawidłową stawkę.

W ocenie odwołującego w niniejszej sprawie przyjęcie przez odwołującego stawki podatku VAT w wysokości 23%, w świetle brzmienia art. 41 ustawy o VAT oraz stanowiska doktryny i orzecznictwa, nie może być uznane jako błąd w jej ustaleniu. Przyjęcie przez podatnika podstawowej stawki podatku VAT - 23% dla danej usługi, w sytuacji, gdy ma on możliwość zastosowania dla tej usługi stawki 0% jest bowiem prawidłowe. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza wyroku z dnia 22.11.2011r., sygn. KIO 2436/11, KIO 2447/11 „na gruncie obowiązującego prawa, zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług, podstawową stawką tego podatku jest stawka 23%. Przy tym pewną regułą prawa podatkowego jest, że stosowanie preferencyjnych stawek podatkowych nie jest obowiązkiem podatników, lecz ich uprawnieniem. Zatem podatnik zawsze ma prawo zastosować

---

podstawową stawkę podatkową i z tym faktem ustawa o podatku od towarów i usług oraz inne ustawy regulujące odpowiedzialność podatników nie wiążą żadnych negatywnych

konsekwencji, w tym karnoskarbowych, w przeciwieństwie do nieuprawnionego zastosowania stawki preferencyjnej. Doktryna, orzecznictwo, jak również praktyka organów skarbowych stoją na stanowisku, że w razie jakichkolwiek wątpliwości interpretacyjnych co do wysokości opodatkowania podatkiem od towarów i usług zastosowanie winna mieć stawka podstawowa. […] Zastosowania przez wykonawcę stawki podstawowej nie można również uznać za niekonkurencyjne w stosunku do innych Wykonawców, gdyż tego efektem jest co najwyżej uzyskanie przez niego wyższej ceny końcowej własnej oferty, co nie oddziałuje negatywnie na sytuację innych Wykonawców w postępowaniu". Powyższe stanowisko zostało potwierdzone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października 2011r., sygn. akt KIO 2138/11 oraz m.in. w wyroku z dnia 9 czerwca 2000 r. sygn. akt I SA/Ka 2367/98, LEX nr 44026, podobnie NSA w wyroku z dnia 6 maja 1998 r., III S/\ 381/97, LEX nr 34703. W niniejszej sprawie bez względu na to jaką stawkę VAT przyjąłby odwołujący oraz pozostali wykonawcy, a zatem czy byłaby to stawka podatku 23%, czy 0%, oferta odwołującego i tak byłaby najkorzystniejsza, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W dniu 15 października 2012 r. Konsorcjum: Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o., Zakład Robót Hydrotechnicznych UW SERVICE Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający złożył w toku posiedzenia pisemną odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 22 października 2012 r.) oraz wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający podtrzymał stanowisko, że odwołujący do obliczenia ceny oferty zastosował stawkę podatku VAT w nieprawidłowej wysokości tj. 23%, a tym samym oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp oraz pkt 20.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ocenie zamawiającego powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO i uchwale SN z dnia 20 października 2011 r.

Podniósł, że wbrew twierdzeniom odwołującego zastosowanie stawki VAT w wysokości 0% dla robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia jest prawidłowe i uzasadnione. Zgodnie z art. 83 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, stawkę podatku w wysokości 0% stosuje się do usług ratownictwa morskiego, nadzoru nad bezpieczeństwem żeglugi morskiej i śródlądowej oraz usług związanych z ochroną środowiska morskiego i utrzymaniem akwenów portowych i torów podejściowych.

Dla celu dokonania oceny możliwości zastosowania dla przedmiotu zamówienia stawki VAT – 0% istotne znaczenie ma zatem analiza i ustalenie zakresu i charakteru prac, które będą realizowane przez wykonawcę. Wskazał, że z treści zawartego w siwz opisu przedmiotu

zamówienia wynika, że zakresem inwestycji zostały objęte prace w zakresie dwóch falochronów oraz związane z umocnieniem brzegów rzeki Dziwny, które są związane z akwenem portowym i torem podejściowym. Zarówno falochrony jak i umocnienia brzegowe dotyczą akwenu portu i toru podejściowego do portu w Dziwnowie. Powyższe roboty budowlane mają na celu jedynie zachowanie dotychczasowej postaci i funkcji przebudowywanych falochronów, dla celu zapewnienia ich normalnej funkcjonalności. Nie ulegną zmianie wymiary, lokalizacja i kształt falochronów, a przebudowa nie wpłynie na zmianę warunków wejścia jednostek do portu oraz wielkości jednostek wchodzących/wychodzących z portu. Prace objęte przedmiotem zamówienia nie zmienią charakterystyki i parametrów technicznych falochronów, a służyć mają (jako całość-kompleks robót) umożliwieniu dalszego wykonywania swojej funkcji ochronnej przez falochrony. Roboty te pozostają zatem związane z utrzymaniem akwenu wodnego i toru podejściowego, co zgodnie z interpretacją ogólną Ministra Finansów z dnia 22 czerwca 2011 r. (PT2/033/1/442/TXW/2011/763) uprawnia do zastosowania normy art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o VAT.

Ponadto, w ocenie zamawiającego, w przedmiotowej sprawie znajduje zastosowanie interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy (ITPP2/443-574/12/AK) z dnia 30 lipca 2012 r. udzielona dla wykonawcy biorącego w przedmiotowym postępowaniu tj. spółki Hydrobudowa Gdańsk S.A. Zdaniem zamawiającego powyższa interpretacja od strony przedmiotowej odnosi się wprost do stanu faktycznego dotyczącego przedmiotu zamówienia w niniejszej sprawie. Mimo braku możliwości zastosowania interpretacji indywidualnej wprost do stron niniejszego postępowania odwoławczego, rozważania organu pozostają aktualne, dla celu ustalenia prawidłowości zastosowania stawki podatku VAT

przez odwołującego. Z treści przedmiotowej interpretacji wynika jednoznacznie, że mając na uwadze zakres prac objętych opisem przedmiotu zamówienia, zastosowanie do zakresu tychże prac znajduje stawka VAT w wysokości – 0%.

Zamawiający podkreślił, iż w tych okolicznościach niezależnie od faktu, że cena oferty odwołującego jest najniższa pomimo zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 23 %, zamawiający był zobowiązany uznać, że odwołujący zastosował nieprawidłową stawkę podatku VAT do obliczenia ceny oferty i ofertę tę odrzucić, jako zawierającą błąd w obliczeniu ceny.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący jest legitymowany do wniesienia odwołania. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania oferta odwołującego podlegałaby uznaniu za najkorzystniejszą, a odwołujący miałby możliwość uzyskania zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 Pzp.

Konsorcjum: Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o., Zakład Robót Hydrotechnicznych UW SERVICE Sp. z o.o. skutecznie przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystępujący zgłosił przystąpienie w ustawowym terminie, określonym w art. 185 ust. 2 Pzp oraz wykazał interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, jako wykonawca, którego oferta została przez zamawiającego uznana za najkorzystniejszą.

Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie falochronów i umocnień brzegowych zapewniających dostęp do portu w Dziwnowie. Zgodnie z postanowieniami SIWZ, Część III – Opis Przedmiotu Zamówienia planowane przedsięwzięcie obejmuje realizację zadania związanego z poprawą stanu infrastruktury zapewniającej dostęp do portu w Dziwnowie. Projekt będzie realizowany przez Urząd Morski w Szczecinie w ramach ustawowych kompetencji polegających między innymi na zapewnieniu infrastruktury dostępu do portów, zgodnie z Zarządzeniem Nr 3 Dyrektora Urzędu Morskiego w Szczecinie z dnia 7 października 2004 r. w sprawie określenia infrastruktury zapewniającej dostęp do portów morskich w Dziwnowie, Kamieniu Pomorskim, Lubiniu, Mrzeżynie, Nowym Warpnie, Policach, Stepnicy, Trzebieży, Wapnicy i Wolinie oraz przystani morskich w Międzyzdrojach, Niechorzu i Rewalu. Zadanie będzie realizowane w zachodniej części polskiego wybrzeża Morza Bałtyckiego, na wodach Zatoki Pomorskiej, na obszarze Portu Morskiego Dziwnów. Inwestycja będzie polegała na przebudowie istniejących falochronów wejściowych do portu oraz istniejących umocnień brzegowych ujściowego odcinka Dziwny. Istniejące falochrony: Wschodni i Zachodni w Dziwnowie, stanowią obudowę brzegów cieśniny Dziwny na odcinku ujścia do morza i stanowią przybrzeżną osłonę toru podejściowego prowadzącego do portu w Dziwnowie o szerokości 30,0 m i głębokości technicznej 4,5 m. Istniejące umocnienia brzegowe mają na celu ochronę strefy brzegowej ujściowego odcinka rzeki Dziwny przed falowaniem (zarówno wiatrowym jak i pochodzącym od jednostek pływających), prądami wejściowymi i wyjściowymi oraz działaniem lodu. W zakres projektowanych robot budowlanych dla zrealizowania przebudowy obiektów wchodzą roboty dot. falochronu Wschodniego, falochronu Zachodniego, umocnienia zachodniego brzegu Dziwny, umocnienia wschodniego

brzegu Dziwny, drogi dojazdowej do falochronu Zachodniego, sieci instalacji elektrycznej zasilającej urządzenia nawigacyjne.

W części I siwz pt. Instrukcja dla wykonawców w pkt 20. Opis sposobu obliczenia ceny w ppkt 20.1 zamawiający wskazał, że „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 niniejszej SIWZ. Cena całkowita musi zostać wyliczona w następujący sposób: cena (brutto) = wartość netto + kwota należnego podatku VAT". W ppkt 20.4 podano, że „Zastosowanie przez Wykonawcę stawki podatku od towarów i usług VAT niezgodnej z obowiązującymi przepisami spowoduje odrzucenie oferty."

Z treści zapisów siwz wynika, że zamawiający wymagał uwzględnienia w cenie oferty stawki podatku VAT w wysokości wynikającej z obowiązujących przepisów. Zamawiający nie wskazał literalnie stawki podatku od towarów i usług, którą powinni przyjąć wykonawcy przy obliczeniu ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. Jednakże w odpowiedzi na pytania jednego z wykonawców w dniu 21 czerwca 2012 r. zamawiający dokonał wyjaśnień treści siwz, które stanowiły jasne wskazówki w powyższym zakresie. Na pytanie nr 5 o treści: „Czy w związku z wykonaniem robót w ramach przedmiotowej inwestycji będą prowadzone jakiekolwiek prace na akwenie portowym i/lub torze podejściowym oraz czy w związku z tymi pracami nastąpi jakakolwiek zmiana parametrów technicznych akwenu portowego lub toru podejściowego?" zamawiający odpowiedział, iż „nie przewiduje jakichkolwiek prac związanych ze zmianami parametrów akwenu portowego lub toru technicznych podejściowego.", natomiast na pytanie nr 6 o treści: „Czy wszystkie przewidziane do wykonania w ramach inwestycji roboty budowlane będą dotyczyły infrastruktury (falochrony, umocnienia brzegowe) zapewniające dostęp do portu w Dziwnowie w Zarządzeniu nr 3 Dyrektora Urzędu Morskiego w Szczecinie, z dnia 7 października 2004 r. w sprawie określenia infrastruktury zapewniającej dostęp do portów morskich w Dziwnowie, Kamieniu Pomorskim, Lubiniu, Mrzeżynie, Nowym Warpnie, Policach, Stępnicy, Trzebieży, Wapnicy i Wolinie oraz do przystani morskich w Międzyzdrojach, Niechorzu i Rewalu (§ 2 pkt 1 i 2)" zamawiający wyjaśnił, że „wszystkie przewidziane do wykonania prace będą dotyczyły infrastruktury zapewniającej dostęp do portu w Dziwnowie." Powyższe wyjaśnienia wskazują jednoznacznie, że roboty budowlane stanowiące przedmiot zamówienia mają na celu wyłącznie utrzymanie akwenu portowego i toru podejściowego do portu, tj. usługi objęte dyspozycją art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o VAT, a tym samym stawką podatku VAT w wysokości 0%. Powyższe wskazanie w ocenie Izby nie powinno budzić żadnych wątpliwości wykonawców, którzy jako profesjonaliści świadczą w zakresie prowadzonej

działalności gospodarczej usługi (roboty budowlane) o takim samym bądź zbliżonym charakterze do przedmiotu zamówienia.

W postępowaniu wpłynęło do zamawiającego sześć ofert, z których zamawiający odrzucił trzy oferty (w tym ofertę odwołującego) z powodu błędu w obliczeniu ceny, polegającego na zastosowaniu nieprawidłowej stawki podatku VAT w wysokości 23%.

W ramach wyjaśnień składanych przez wykonawców w zakresie dotyczącym wysokości stawki podatku VAT uwzględnionej w zaoferowanej cenie, jeden z wykonawców (Hydrobudowa Gdańsk S.A.) przedłożył zamawiającemu Interpretację indywidualną z dnia 30 lipca 2012 r. nr ITPP2/443-574/12/AK wydaną przez Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy, działającego w imieniu Ministra Finansów, stwierdzającą, że stanowisko przedstawione we wniosku z dnia 16 maja 2012 r. o udzielenie interpretacji przepisów prawa podatkowego dotyczącej podatku od towarów i usług w zakresie możliwości zastosowania 0% stawki podatku dla robót wykonywanych w ramach projektu „Przebudowa falochronów i umocnień brzegowych zapewniających dostęp do portu w Dziwnowie" jest prawidłowe. Inny z wykonawców (Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o.) przedłożył zamawiającemu Interpretację Ogólną Ministra Finansów nr PT2/033/1/442/TXW/2011/763 z dnia 22 czerwca 2011 r. w odniesieniu do zastosowania preferencyjnej stawki podatku od towarów i usług w wysokości 0 % przy usługach związanych z utrzymaniem akwenów portowych i torów podejściowych, o których mowa w 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.). Powyższe opinie potwierdzają, że dla usług objętych przedmiotem zamówienia ma zastosowanie stawka podatku VAT w wysokości 0%.

Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 29 959 608,15 zł, w tym podatek VAT przy przyjęciu 23% stawki podatku, wskazując cenę netto w wysokości 24 357 405,00 zł. Jest to cena najniższa wśród ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu.

W ustalonym stanie faktycznym Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia przez

zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, poprzez przyjęcie, że oferta odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny oraz poprzez odrzucenie oferty odwołującego.

Izba zważyła, że odwołujący dokonując ustalenia stawki podatku VAT dla przedmiotu zamówienia, niezgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia przyjął, że dla robót budowlanych polegających na przebudowie falochronów i umocnień brzegowych zapewniających dostęp do portu w Dziwnowie, nieprawidłowe jest zastosowanie stawki 0%, na podstawie art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o VAT. Odwołujący podnosił, że usługi wchodzące w skład niniejszego zamówienia, polegające na wykonaniu sieci instalacji elektrycznej zasilającej urządzenia nawigacyjne oraz budowie drogi dojazdowej do falochronu, nie spełniają kryteriów określonych w art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o VAT uprawniających do

zastosowania stawki preferencyjnej w wysokości 0%.

Zamawiający w wyjaśnieniach do treści specyfikacji (odpowiedzi na pytania nr 5 i 6 z dnia 21 czerwca 2012 r.) jednoznacznie zakwalifikował bowiem roboty budowlane stanowiące przedmiot zamówienia jako usługi związane w całości z utrzymaniem akwenów portowych i torów podejścia, co zgodnie z art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o VAT, oznacza możliwość zastosowania stawki 0% dla usługi kompleksowej, obejmującej wszystkie prace składające się na przedmiot zamówienia.

Powyższe potwierdzają zarówno Interpretacja indywidualna, jak i Interpretacja ogólna, które zostały złożone przez wykonawców biorących udział w postępowaniu na etapie wyjaśnień. W ww. interpretacjach stwierdza się, że w określonych okolicznościach roboty budowlane dotyczące np. falochronów takie, jak jego remont, czy przebudowa mogą korzystać z preferencyjnej stawki 0%. Rozstrzygające jest tu jednak ustalenie, czy owe prace służą utrzymaniu akwenów portowych i torów podejścia (utrzymanie ich w odpowiednim stanie technicznym, w tym zapewnienie ich funkcjonalności), czy też są wykonywane w związku z przebudową akwenów i zmianą ich parametrów technicznych. Interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy potwierdza zastosowanie stawki 0% w odniesieniu do całego zakresu przedmiotu zamówienia, określonego w siwz, w tym także w zakresie drogi dojazdowej do falochronu Zachodniego oraz sieci instalacji elektrycznej zasilającej urządzenia nawigacyjne. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż są to prace przekraczające bieżące utrzymanie akwenu i toru podejścia. W tym zakresie odwołujący nie wykazał słuszności prezentowanej tezy – nie przedstawił żadnych dowodów, które podważyłyby fakt, że w wyniku wykonanych w ramach przedmiotu zamówienia prac nie nastąpią żadne zmiany parametrów technicznych akwenu portowego i toru podejścia do portu.

Wydana przez Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy na rzecz Hydrobudowy Gdańsk S.A. interpretacja indywidualna wskazuje jako adresata, zgodnie z dyspozycją przepisu art. 14b § 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60, z późn. zm.), podatnika, który wystąpił o jej wydanie. Oddziaływanie przedłożonej interpretacji indywidualnej od strony podmiotowej wywołuje bezpośredni skutek jedynie wobec podatnika składającego wniosek o jej wydanie w sferze ewentualnych zobowiązań publiczno-prawnych z tytułu podatku od towarów i usług tego podmiotu, jednakże od strony przedmiotowej jest to opinia potwierdzająca, że w całości przedmiot zamówienia w danym stanie faktycznym, podlega opodatkowaniu stawką preferencyjną w wysokości 0%. Interpretacja powyższa jest też w pełni zgodna z interpretacją ogólną, która ma na celu zapewnienie jednolitego stosowania przepisów prawa podatkowego przez organy podatkowe oraz organy kontroli skarbowej. Izba podziela pogląd, że ustawodawca jako regułę określił sytuację, w ramach której podstawowa stawka podatku VAT wynosi 23%,

a wyjątki od tej reguły (możliwość zastosowania stawki preferencyjnej) nie powinny być interpretowane rozszerzająco, co w ocenie Izby nie ma miejsca w niniejszej sprawie.

Ponadto Izba zważyła, że skoro zakres robót objętych zamówieniem, tj. przebudowa falochronu i umocnień brzegowych rzeki Dziwny wraz z robotami towarzyszącymi dotyczącymi drogi dojazdowej do falochronu oraz sieci elektrycznej są pracami mającymi na celu wyłącznie utrzymanie akwenu portowego i toru podejścia, co wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (wyjaśnień udzielonych przez zamawiającego), to złożenie oferty zgodnej z treścią siwz, w tym także w zakresie ustalenia prawidłowej stawki podatku

VAT, wymaga uwzględnienia przez wykonawcę powyższych warunków siwz. Uwzględnienie w ofertach wszystkich warunków specyfikacji zgodnie z wymaganiami zamawiającego umożliwia dokonanie przez zamawiającego porównania i oceny złożonych ofert. O porównywalności ofert można bowiem mówić dopiero wówczas gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł. Skoro zamawiający zawarł w siwz jednoznaczne wskazówki, co do zakwalifikowania przedmiotu zamówienia do usług objętych stawką podatku VAT w wysokości 0%, to przyjecie przez wykonawcę innej stawki podatku VAT do skalkulowania ceny oferty jest niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 października 2011 r. o sygn. akt III CZP 53/11 po rozstrzygnięciu zagadnienia prawnego przedstawionego przez Sąd Okręgowy postanowieniem z dnia 31 maja 2011 r.: „Czy określenie w treści oferty wykonawcy błędnej stawki podatku VAT oraz obliczenie w oparciu o tą stawkę, podatku VAT, jako składnika ceny brutto, stanowi błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29.01.2004 - Prawo Zamówień Publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z późn. zm.) i jest podstawą do odrzucenia oferty?" stwierdził: „Określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, jedn. tekst: Dz. U. 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.)".

Izba podziela stanowisko Sądu wyrażone w powyższej uchwale, iż „oferty zawierające skalkulowane przez wykonawców ceny netto stają się porównywalne, o ile ostateczną wartość (cenę brutto) uzyskano przy zastosowaniu jednolitej, wynikającej z obowiązujących przepisów, stawki podatku VAT. Tylko oferty równoważne w zakresie obiektywnie sprawdzalnych elementów, a takim elementem jest stawka podatku VAT wynikająca z obowiązujących przepisów, stwarzają możliwość porównania i tym samym równego traktowania oferentów. […] Dla dokonania oceny czy dochodzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców niezbędne jest stosowanie kryteriów zobiektywizowanych i nie jest możliwa każdorazowo ocena wpływu wadliwej stawki podatku

na warunki konkurencji w postępowaniu o zamówienie publiczne". Zatem nie ma tu znaczenia fakt, czy stawka została zawyżona czy też zaniżona przez wykonawcę.

Ponadto, jak wskazał Sąd Najwyższy „Podstawowym dokumentem, który jest niezbędny dla przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia (s.w.i.z.). […] W specyfikacji zamawiający, podając sposób obliczenia ceny (art. 36 ust. 1 pkt 12), może również określić stawkę podatku VAT. Jeżeli zatem zamawiający w s.w.i.z., w części dotyczącej sposobu obliczenia ceny, wskazał stawkę podatku VAT, wówczas kontrola oferty w tym zakresie może sprowadzić się do poprawienia oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3), jeżeli poprawienie nie spowodowałoby istotnych zmian w treści oferty. Może też skutkować odrzuceniem oferty, jeżeli różnica byłaby tego rodzaju, iż powodowałaby istotne zmiany w treści oferty a więc w sytuacji równoważnej z sytuacją gdy treść oferty pozostaje w sprzeczności z s.w.i.z. (art. 89 ust. 1 pkt 2), a nadto wówczas gdy wykonawca nie zgodził się na poprawienie omyłki (art. 87 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy)." Oferta zawierająca stawkę podatku VAT niezgodną z obowiązującymi przepisami, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp wówczas, jeżeli zamawiający w treści specyfikacji nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT.

Odnosząc powyższe do stanu faktycznego w przedmiotowej sprawie Izba uznała, że w zakresie nieprawidłowo przyjętej przez wykonawcę stawki podatku VAT do obliczenia ceny oferty, treść oferty odwołującego może podlegać poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Jak ustalono powyżej zamawiający zawarł w siwz (wyjaśnienia z 21 czerwca 2012 r.) wskazania niebudzące wątpliwości, iż na potrzeby tego postępowania w obliczeniu ceny oferty należało uwzględnić stawkę podatku VAT wynikającą z art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o VAT w związku z zakresem robót objętych przedmiotem zamówienia. W świetle cytowanej powyżej uchwały SN w tych okolicznościach zamawiający powinien dokonać poprawy treści oferty odwołującego zgodnie ze sposobem obliczenia ceny oferty podanym w pkt 20.1 siwz, uwzględniając cenę oferty bez podatku VAT podaną przez odwołującego w formularzu ofertowym oraz prawidłową stawkę podatku VAT w wysokości 0%.

Izba uznała jednocześnie, że stwierdzone naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6

Pzp, a w konsekwencji art. 7 ust. 1 Pzp może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co stanowiło podstawę do uwzględnienia odwołania stosownie do art. 192 ust. 2 Pzp.

Izba nie stwierdziła na tym etapie postępowania naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 Pzp.

13

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……..…

……..…

……..…

14