

Sygn. akt KIO/UZP 750/08

WYROK
z dnia 5 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk - Mazuś

Członkowie: Jolanta Markowska
Izabela Niedziałek

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4.08.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Hydrotechnika – Colcrete – von Essen Sp. z o.o., ul. Ludowa 7- 8, 71-700 Szczecin oraz Colcrete – von Essen GmbH & Co.KG, Am Waldrand 9c, 26180 Rastede**, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Szczecinie, ul. Tama Pomorzańska 13a, 70-030 Szczecin**, protestu z dnia 11.07.2008 r.

przy udziale **Zakład Robót Hydrotechnicznych i Podwodnych „UW Service” Sp. z o.o., ul. M. Ogińskiego 14a/1, 71-431 Szczecin**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Szczecinie, ul. Tama Pomorzańska 13a, 70-030 Szczecin,**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez Odwołującego **Konsorcjum firm: Hydrotechnika – Colcrete – von Essen Sp. z o.o., ul. Ludowa 7- 8, 71-700 Szczecin oraz Colcrete – von Essen GmbH & Co.KG, Am Waldrand 9c, 26180 Rastede,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7 664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez Zamawiającego – **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Szczecinie, ul. Tama Pomorzańska 13a, 70-030 Szczecin,** na rzecz Odwołującego – **Konsorcjum firm: Hydrotechnika – Colcrete – von Essen Sp. z o.o., ul. Ludowa 7- 8, 71-700 Szczecin oraz Colcrete – von Essen GmbH & Co.KG, Am Waldrand 9c, 26180 Rastede,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego - **Konsorcjum firm: Hydrotechnika – Colcrete – von Essen Sp. z o.o., ul. Ludowa 7- 8, 71-700 Szczecin oraz Colcrete – von Essen GmbH & Co.KG, Am Waldrand 9c, 26180 Rastede.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są roboty budowlane, stanowiące „Przebudowę przejść żeglownych pod mostem kolejowym na rzece Odrze Zachodniej w km 35,59 (zachodnie przejście żeglowne)”, **Odwołujący – Konsorcjum firm: Hydrotechnika – Colcrete – von Essen Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie oraz Colcrete – von Essen GmbH & Co.KG z siedzibą w Rastede, wniósł odwołanie** od rozstrzygnięcia protestu poprzez jego oddalenie, w którym zarzucił **Zamawiającemu - Regionalnemu Zarządowi Gospodarki Wodnej w Szczecinie**, naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) - art. 7 ust.1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 oraz innych przepisów wynikających z odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że firma, której ofertę Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą – Zakład Robót Hydrotechnicznych i Podwodnych „UW Service” Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, nie miała podstaw do zastosowania w swojej ofercie zerowej stawki podatku VAT, na podstawie 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.), który brzmi: iż 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.

Zdaniem Odwołującego, roboty będące przedmiotem zamówienia nie mogą być zakwalifikowane jako roboty utrzymaniowe, bowiem celem tych robót jest przebudowa obiektu budowlanego polegająca na m. in. na zmianie jego pierwotnych parametrów technicznych. Również Odwołujący podniósł, że podstawy uznania stawki zerowej VAT, jako prawidłowej, nie mogła stanowić decyzja organu podatkowego, gdyż odnosiła się do innego stanu faktycznego, a także z tego powodu, że w myśl obowiązujących przepisów prawnych, jedynym organem uprawnionym do wiążącej interpretacji prawa podatkowego jest Minister Finansów, stosownie do art. 14b ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz. U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60, z późn. zm.). Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie odniósł się do zarzutów zawartych w proteście, poprzestając na argumentacji, iż wykonawca, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą, wystąpił do właściwego organu podatkowego o wydanie opinii i taką opinię przedłożył Zamawiającemu, wskazując zasadność zastosowania stawki 0% VAT.

Odwołujący wniósł o: powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty złożonej przez Zakład Robót Hydrotechnicznych i Podwodnych „UW Service” Sp. z o.o., uznanie oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało poprzedzone protestem, w którym Odwołujący podał, że cena wybranej oferty wyniosła 5 697.247,88 zł i przy zastosowanej stawce VAT 0 % oraz uwzględnieniu jedynego kryterium oceny ofert, którym była cena o znaczeniu 100%, oferta ta uzyskała najwyższą punktację. Zamawiający wystąpił do wykonawcy na podstawie art. 87 ust.1 Pzp o złożenie wyjaśnień dotyczących podstaw prawnych zastosowania stawki 0 % podatku. Wykonawca złożył wyjaśnienia, powołując się na decyzję Dyrektora Izby Skarbowej w Szczecinie z dnia 4.12.2007 r. z której wynika, że podstawą przyjęcia 0 % stawki podatku VAT był analogiczny przedmiot zamówienia, gdzie zastosowano art. 83 ust.1 pkt 11 ustawy o podatku od towarów i usług.

Odwołujący wskazał swoją interpretację przepisów wywodząc, że warunkiem zastosowania 0 % stawki VAT jest wykazanie, że przedmiot zamówienia stanowi usługa (rozumiana m.in. jako robota budowlana) wykonywana na terenie akwenu portowego lub toru podejściowego i polegająca na utrzymaniu tego akwenu portowego lub toru podejściowego. Biorąc pod uwagę istotę przedmiotu zamówienia prowadzonego postępowania, Odwołujący uznał, że tor podejściowy, zgodnie z definicją tego urządzenia wynikającą z § 2 pkt 35 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 1 czerwca 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać morskie budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie (Dz.U. Nr 101, poz.645), należy rozumieć jako tor wodny prowadzący z morza terytorialnego do portu morskiego albo przystani morskiej. Również z porównania określenia dotyczącego infrastruktury zapewniającej dostęp do Portów w Świnoujściu i w Szczecinie wynika, że most kolejowy objęty przedmiotem zamówienia nie wchodzi w skład infrastruktury zapewniającej dostęp do Portu w Szczecinie, ani nie jest położony na torach podejściowych do Portu w Szczecinie (§ 3 pkt 1e rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 9 grudnia 2002 r. w sprawie określenia obiektów, urządzeń i instalacji wchodzących w skład infrastruktury zapewniającej dostęp do portu o podstawowym znaczeniu dla gospodarki narodowej (Dz. U. z 2003 r. Nr 4, poz. 41 z późn. zm.)

W ocenie Odwołującego należało zastosować 22% VAT.

Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez oddalenie. Stanowisko swoje uzasadnił tym, że obecnie prowadzone postępowanie dotyczy II etapu, tj. zachodniego przejścia żeglownego, natomiast postępowanie prowadzone w 2007 r. dotyczyło wschodniego przejścia żeglownego. Wykonawca Zakład Robót Hydrotechnicznych i Podwodnych „UW Service” Sp. z o.o. uzyskał decyzję Dyrektora Izby Skarbowej z dnia 4 grudnia 2007 r. znak: DPP-1.11-4430-49/07, którą zmieniono decyzję Naczelnika Pierwszego Urzędu Skarbowego w Szczecinie w sprawie udzielenia interpretacji co do zakresu i sposobu zastosowania przepisów w podatku od towarów usług i uznano za prawidłowe stanowisko podatnika w

kwestii opodatkowania stawką podatku od towarów i usług 0 %, prac związanych z przebudową przejść żeglownych pod mostem kolejowym na rzece Odra Zachodnia.

Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie przedstawionych dokumentów, dokumentacji postępowania oraz złożonych przez strony i uczestnika postępowania wyjaśnień ustaliła, co następuje.

Prowadzone postępowanie, dotyczące zachodniego przejścia żeglownego, jest postępowaniem odrębnym w stosunku do postępowania prowadzonego w 2007 r., dotyczącego wschodniego przejścia żeglownego. Czynności Zamawiającego podlegają ocenie na podstawie m. in. SIWZ opracowanej dla tego postępowania.

W rozdziale IX pt. „Sposób obliczenia ceny oferty” w pkt 6 SIWZ Zamawiający podał, że „Zastosowanie przez wykonawcę stawki podatku VAT niezgodnej z obowiązującymi przepisami spowoduje odrzucenie oferty”. Zamawiający zobowiązał więc wykonawców do zastosowania stawki podatku VAT, zgodnej z obowiązującymi przepisami prawnymi, pod rygorem odrzucenia oferty, z drugiej zaś strony przyjął na siebie obowiązek dokonania oceny ofert pod kątem ich zgodności w zakresie zastosowanej stawki podatku VAT i w przeciwnym razie odrzucenia oferty, nie tylko jako niezgodnej z treścią ustawy, ale także jako oferty niezgodnej z SIWZ, w zakresie obliczenia ceny oferty.

W postępowaniu złożyło oferty trzech wykonawców z następującymi cenami:

- 1) Przystępujący (oferta wybrana) 5 697 247,88 zł, podatek VAT 0 PLN,
- 2) Odwołujący 6 968 184,03 zł, podatek VAT 1 256 557,78 zł,
- 3) „Energopol-Szczecin” S.A. 7 076 946,23 zł, podatek VAT 1 276 170,63 zł.

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący i „Energopol-Szczecin” S.A. złożyli oferty z 22% stawką VAT, natomiast w ofercie wybranej, co wynika jednoznacznie z formularza „Oferta cenowa”, zastosowano stawkę podatku VAT 0%.

Z opracowanych przez Zamawiającego dokumentów oraz czynności dokonanych bezpośrednio przed otwarciem ofert wynika: z protokołu postępowania DRUK ZP – 2, pole 2 „Przedmiot zamówienia”, wartość zamówienia ustalono na kwotę 6 532 327,12 zł, jako wartość kosztorysową robót bez podatku VAT (kosztorys inwestorski, data opracowania – marzec 2008 r.). W kosztorysie tym podano kwotę podatku VAT 1 437 111,97 zł i ogółem wartość kosztorysową robót 7 969 439,09 zł. Kwotę tę Zamawiający podał bezpośrednio przed otwarciem ofert, jako kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (DRUK ZP -2, pole 5, pkt 3).

Zamawiający wystąpił na podstawie art. 87 ust.1 Pzp z żądaniem do Przystępującego o złożenie wyjaśnień w przedmiocie zastosowanej 0% stawki podatku. Wykonawca złożył wyjaśnienia, których podstawę stanowiła decyzja Dyrektora Izby Skarbowej w Szczecinie z

dnia 4 grudnia 2007 r. znak: DPP-1.11-4430-49/07 wydana w następstwie wniesionego przez Przystępującego zażalenia na postanowienie Naczelnika Pierwszego Urzędu Skarbowego w Szczecinie. Z decyzji wynika, że w przedstawionej przez wnioskodawcę sprawie, którym był Przystępujący, stosuje się 0% stawkę VAT. Sentencja decyzji organu podatkowego brzmi: ...”uznaje za prawidłowe stanowisko podatnika w kwestii opodatkowania stawką podatku od towarów i usług 0% prac związanych z przebudową przejść żeglownych pod mostem kolejowym na rzece Odra Zachodnia”.

Na tej podstawie Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, wybierając ofertę Przystępującego, zawierającą stawkę podatku VAT 0%.

KIO zważyła, co następuje.

Odwołujący legitymuje się posiadaniem interesu prawnego w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym mowa w art.179 ust.1 Pzp, gdyż oferta Odwołującego uzyskała drugą lokatę w rankingu ofert pod względem ceny, która jest jedynym kryterium oceny ofert i Odwołujący podważył zasadność wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający opisał w SIWZ sposób obliczenia ceny oferty w zakresie wskazania stawki podatku VAT i wprowadził reżim odrzucenia oferty w razie niezgodności stawki z obowiązującymi przepisami prawnymi. Był zatem zobowiązany do oceny ofert zgodnie z przepisami ustawy Pzp i postanowieniami SIWZ. Mając trzy oferty zawierające zróżnicowaną stawkę podatku VAT – 0% i 22%, nie mógł dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty, ponieważ oferty nie były porównywalne pod względem jedynego kryterium oceny ofert, jakim była cena.

Zamawiający przyznał podczas rozprawy, że zaniechał czynności, do której był zobowiązany na podstawie przepisów art. 89 ust.1 Pzp oraz postanowień SIWZ.

Podkreślić należy, że czynności Zamawiającego, o których mowa w ustaleniach faktycznych uzasadnienia wskazywały, że stawka podatku VAT, w jego ocenie, wynosi 22%.

W wyroku z dnia 13 czerwca 2003 r. sygn. akt V Ca 222/03 Sąd Okręgowy w Warszawie uznał, że „1. Zamawiający nie jest obowiązany do posiadania szczegółowej informacji na temat obowiązujących stawek VAT. Zapytanie skierowane już po upływie terminu do składania ofert do Głównego Urzędu Statystycznego w Warszawie o prawidłowe sklasyfikowanie do SWW pozycji będących przedmiotem zamówienia jako mające znaczenie do prawidłowego oznaczenia podatku VAT nie ma wpływu na ocenę, że to oferent miał obowiązek wyjaśnienia tej kwestii jeszcze przed złożeniem oferty. 2.Uznanie za prawidłową cenę z wadliwie naliczoną stawką podatku VAT (mniejszą niż wymagana ustawowo) naruszałoby interesy innych przedsiębiorców biorących udział w przetargu i jako sprzeczne z

prawem stanowiłoby czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z dnia 8 czerwca 1993 r.). Tym samym prowadziłoby to do naruszenia zasady równego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne, co gwarantuje art.16 upz”. Z powyższego wynika, że Zamawiający w przedstawionym stanie faktycznym powinien podjąć czynności wyjaśniające zasadność zastosowania wskazanej w ofercie stawki VAT.

Wystąpienie Zamawiającego do wykonawcy (Przystępującego) z żądaniem wyjaśnień było uzasadnione, lecz w ocenie KIO, niezasadna była rezygnacja z wystąpienia z takim żądaniem do pozostałych dwóch wykonawców, skoro Zamawiający uznał, na podstawie interpretacji organu podatkowego, za właściwą stawkę VAT, stawkę 0%.

Oceniając oferty Zamawiający miał obowiązek odrzucić albo ofertę zawierającą 0% VAT, albo dwie oferty zawierające 22% VAT.

Dokonana przez Zamawiającego ocena ofert jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp (art. 89 ust.1), przez którą to niezgodność należy rozumieć niezgodność z zasadami udzielania zamówień, poszczególnymi przepisami ustawy, przepisami aktów wykonawczych wydanych na podstawie ustawy, a także przepisami aktów prawnych, do których ustawa się odwołuje, również z postanowieniami SIWZ (rozdział IX pkt 6).

Z tego względu odwołanie zostało uwzględnione.

Odnosząc się, zaś do drugiej kwestii, którą Zamawiający sformułował jako wniosek, by KIO rozstrzygnęła sprawę ustalając właściwą stawkę VAT, a mianowicie czy należy stosować stawkę 0%, czy 22%, KIO uznała, co następuje.

Wielokrotnie w orzecznictwie sądów powszechnych (okręgowych, rozpoznających skargi na orzeczenia zespołów arbitrów), także arbitrażowym wskazywano, że interpretacji przepisów prawa podatkowego dokonują organy, którym przypisano w tym zakresie kompetencje ustawowe (aktualnie minister właściwy do spraw finansów publicznych – art.14a i następne ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa – Dz. U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60, z późn.zm., zaś przed dniem 1 lipca 2007 r. naczelnicy właściwych urzędów skarbowych oraz dyrektorzy właściwych izb skarbowych).

W przedmiotowej sprawie w tym zakresie istotę sporu stanowi okoliczność czy przepis 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.) zezwalający na stosowanie 0% stawki podatku do usług utrzymania akwenów portowych i torów podejściowych, ma zastosowanie do robót budowlanych, które są przedmiotem prowadzonego postępowania, a mianowicie przebudowy zachodniego przejścia żeglownego pod mostem kolejowym na rzece Odrze Zachodniej, czy też w tym przypadku należy stosować stawkę 22%, zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług.

Organy podatkowe w analogicznej sytuacji, w sprawie wszczętej przed dniem 1 lipca 2007 r. (wschodnie przejście żeglowne) dokonały rozbieżnych interpretacji – Naczelnik Pierwszego Urzędu Skarbowego w Szczecinie, że stosuje się 22% stawkę, Dyrektor Izby Skarbowej w Szczecinie, rozpoznający sprawę w wyniku wniesionego zażalenia przez wykonawcę uczestniczącego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na postanowienie Naczelnika, że stosuje się 0 % stawkę.

Z innej interpretacji, „Naczelnika Zachodniopomorskiego Urzędu Skarbowego w Szczecinie z dnia 9 listopada 2004 r., PO-3/443-539/KB/04/67 (www.sip.mf.gov.pl) wynika, że roboty budowlane, mające na celu utrzymanie toru wodnego (w porcie) w stanie zapewniającym swobodną i bezpieczną żeglugę dla jednostek pływających, są objęte stawką 0% VAT” (Bartosiewicz Adam – komentarz do art. 83 ustawy o podatku od towarów i usług).

W ocenie KIO wykonawca, który posługuje się pisemną interpretacją indywidualną przepisów prawa podatkowego, wydaną przez uprawnione do tego organy podatkowe, gdzie w treści decyzji organ literalnie odniósł się do przedmiotu prowadzonego postępowania o zamówienie publiczne, nie może ponosić ujemnych skutków prawnych z tytułu podporządkowania się rozstrzygnięciu zawartemu w interpretacji. Interpretacja organu podatkowego może być wyeliminowana z obrotu prawnego w postępowaniu skargowym przed sądami administracyjnymi, bądź przez Ministra Finansów na podstawie art. 14 e § 1 Ordynacji podatkowej.

W przedmiotowej sprawie, Przystępujący do postępowania złożył interpretację organu podatkowego, której prawidłowości nikt skutecznie nie podważył w trybie wynikającym z przepisów prawnych.

Mając powyższe na uwadze, KIO uznała, że Zamawiający oceniając oferty powinien był wyeliminować z postępowania, oferty z niewłaściwą stawką podatku VAT w świetle dokonanych ustaleń i dopiero dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej.

Z uwagi na fakt zaniechania powyższych czynności przez Zamawiającego, KIO na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 1 Pzp., orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, ograniczając wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego do kwoty 3600,00 zł., zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*