

Sygn. akt: KIO 2436/11
KIO 2447/11

WYROK
z dnia 22 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Andrzej Niwicki
Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2011 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 10 listopada 2011 r. przez wykonawcę **Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk,**
- B. w dniu 14 listopada 2011 r. przez wykonawcę **Hydrobudowa Gdańsk S.A. ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk**

w postępowaniu prowadzonym przez

Urząd Morski w Szczecinie pl. Stefana Batorego 4, 70-207 Szczecin

przy udziale:

- A. wykonawcy **Energopol – Szczecin S.A. ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2447/11 i KIO 2436/11 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy **Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. KIO 2447/11 po stronie zamawiającego,
- C. wykonawcy **Hydrobudowa Gdańsk S.A. ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2436/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala oba odwołania,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk – w sprawie o sygn. akt KIO 2436/11 i wykonawcę Hydrobudowa Gdańsk S.A. ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk – w sprawie o sygn. akt KIO 2447/11 i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk i wykonawcę Hydrobudowa Gdańsk S.A. ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk tytułem wpisów od odwołań,**

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 – terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Przewodniczący:

.....

**Sygn. akt: KIO 2436/11
KIO 2447/11**

Uzasadnienie

Zamawiający – Urząd Morski w Szczecinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zaprojektowanie i wykonanie Inwestycji pod nazwą: „Porty Zalewu Szczecińskiego – poprawa jakości infrastruktury szansą na rozwój” na podstawie ustawy

z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 14 września 2011 r. w Dz. Urz. UE pod numerem 2011/S 176-288629, a wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Pismem z 4 listopada 2011 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Energopol – Szczecin S.A., drugie miejsce w rankingu zajęła Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o., a trzecie Hydrobudowa Gdańsk S.A. Od powyższej czynności 10 listopada 2011 r. odwołanie wniosła Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o., a 14 listopada 2011 r. Hydrobudowa Gdańsk S.A.

Odwołanie o sygn. akt 2436/11

Odwołujący – Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezachowanie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędną ocenę wyjaśnień ceny złożonych przez Odwołującego,
3. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Energopol – Szczecin S.A. i Hydrobudowa Gdańsk S.A.,
4. art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień ceny rażąco niskiej zaproponowanej przez Energopol – Szczecin S.A. i wniosła o: unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ofert złożonych przez Energopol – Szczecin S.A. i Hydrobudowę Gdańsk S.A.

Podczas rozprawy Odwołujący wycofał zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędną ocenę wyjaśnień ceny złożonych przez Odwołującego jako podniesiony omyłkowo.

Uzasadniając odwołanie Odwołujący wskazał, że Zamawiający winien był skorzystać z uprawnienia, jakie daje mu art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i wyjaśnić treść ofert w zakresie stawki VAT, gdyż, mimo że nie jest organem uprawnionym do określenia prawidłowej stawki VAT, nie zwalnia go to z obowiązku respektowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym ustalenia, jaka jest prawidłowa stawka

tego podatku, bowiem powinna być ona przyjęta przez wykonawcę w wysokości wynikającej z przepisów prawa podatkowego.

Błędne wskazanie obowiązującej stawki VAT, w tym przyjęcie innej stawki niż ta, którą objęty jest przedmiot zamówienia nadający zamówieniu zasadniczy charakter i przyjęcie jej do kalkulacji ceny oferty stanowi błąd w obliczeniu ceny skutkujący odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, który nie podlega poprawieniu jako omyłka.

Zarzut ten odnosi się do przyjęcia w ofercie Energopol – Szczecin S.A. i ofercie Hydrobudowy Gdańsk S.A. w zakresie pozycji dotyczącej przebudowy infrastruktury dostępowej w porcie Lubin błędnej 0% stawki VAT, co powinno skutkować odrzuceniem obu ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Natomiast zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wykonanie przebudowy infrastruktury dostępowej w porcie Lubin obejmuje następujące elementy: remont falochronów wejściowych ze stawką 0% VAT oraz pozostałe – remont nabrzeża w Basenie Rybackim, konserwacja slipu i uzupełnienie narzutu w umocnieniu brzegowym północnym ze stawką 23% VAT. Zatem w tej pozycji przedmiot zamówienia obejmuje w przeważającej części wykonanie robót, dla których stawka VAT wynosi 23%.

Według Odwołującego niemożliwe jest przyjęcie 0% stawki VAT na podstawie art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o podatku od towarów i usług. Zgodnie z dokonaną przez Ministra Finansów oficjalną wykładnią treści przepisu art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o podatku od towarów i usług, zastosowanie w części dotyczącej przebudowy infrastruktury dostępowej w porcie Lubin 0% stawki VAT nie jest dopuszczalne, gdyż, oprócz remontu falochronów wejściowych, pozostałe elementy są niezwiązane z akwenem wodnym.

Potwierdzeniem faktu niezgodnego z prawem dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej jest przyjęcie przez zamawiającego ofert z różną stawką VAT do oceny jako ofert prawidłowych (oferta Odwołującego we wskazywanej pozycji zawiera cenę skalkulowaną z zastosowaniem stawki 0% dla falochronu oraz 23% dla pozostałych robót).

Ponadto Zamawiający zaniechał wezwania Energopol – Szczecin S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących zaproponowanej ceny, która wzbudza wątpliwości co do rzetelności jej wyliczenia. Zamawiający, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ma obowiązek wyjaśnić cenę znacznie odbiegającą od cen pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego pod kątem ceny rażąco niskiej, a ceny ofert to: Energopol – Szczecin S.A. 19.460.000,00 zł, Hydrobudowa Gdańsk S.A. 27.231.955,95 zł i Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. 26.788.090,58 zł. Wskazana, znaczna różnica w cenach ofert powinna stanowić podstawę do wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny zaproponowanej przez Energopol – Szczecin S.A.

Odwołanie o sygn. akt KIO 2447/11

Odwołujący – Hydrobudowa Gdańsk S.A. zarzucił Zamawiającemu:

1. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Energopol – Szczecin S.A., pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę, co winno skutkować obowiązkiem obligatoryjnego jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. zaniechanie wezwania Energopol – Szczecin S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, pomimo iż zachodzi uzasadnione, graniczące z pewnością prawdopodobieństwo, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę, a w konsekwencji – zaniechanie oceny złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 2 i podjęcia czynności w trybie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,
3. zaniechanie odrzucenia oferty Korporacji Budowlanej DORACO Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku ze złożeniem oferty niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, pomimo iż wykonawca ten zastosował błędną stawkę VAT dla pozycji dotyczącej przebudowy infrastruktury dostępowej w porcie Lubin.

Odwołujący wniósł o: unieważnienie decyzji Zamawiającego z 4 listopada 2011 r. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Energopol – Szczecin S.A., nakazanie Zamawiającemu: wezwania Energopol – Szczecin S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie zaistniałej w ofercie rażąco niskiej ceny, przeprowadzenia rzetelnej oceny złożonych przez Energopol – Szczecin S.A. wyjaśnień, odrzucenia oferty Korporacji Budowlanej DORACO Sp. z o.o. z uwagi na błąd w cenie oraz niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem skutków wnioskowanych czynności.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający zaniechał, pomimo bezspornej rażącej różnicy w cenie oferty uznanej za najkorzystniejszą w stosunku do pozostałych ofert o bardzo zbliżonych cenach, przeprowadzenia analizy tejże oferty pod kątem ustalenia, czy nie zawiera ona rażąco niskiej ceny. Ceny ofertowe kształtowały się następująco: Energopol – Szczecin S.A. 19.460.000,00 zł, Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. 26.788.090,58 zł, Hydrobudowa Gdańsk S.A. 27.231.955,95 zł, zatem różnica pomiędzy ceną Energopol – Szczecin S.A. i kolejną wynosi aż 7.328.090,58 zł, czyli 27%, różnica pozostałych dwóch cen obejmuje zaledwie kwotę 443.865,37 zł (1,6%), zatem to te dwie ceny, jako porównywalne,

należy uznać za realne i właściwe dla zrealizowania zamówienia. Zdaniem Odwołującego ta różnica w cenach ofert powinna skłonić Zamawiającego do podjęcia działań mających na celu ustalenie, czy nie doszło do złożenia oferty z ceną rażąco niską. Do podjęcia takich działań Zamawiający zobowiązany jest również w oparciu o art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał za orzecznictwem, że za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia; gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne; to cena oderwana całkowicie od realiów rynkowych, np. oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę, grożąca niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości.

Procedura odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych musi zostać poprzedzona wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień, ustawodawca jednak nie określił przesłanek, jakie mają wskazywać na konieczność takiego wezwania, zamawiający więc każdorazowo winien rozważyć, czy zachodzą podstawy do żądania tychże wyjaśnień, a obowiązek taki zachodzi dopiero, gdy powźmie on wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska. Zamawiający powinien powziąć taką wątpliwość, gdy zaoferowana cena jest ceną spekulacyjną, czyli taką, która rodzi po stronie wykonawcy ryzyko niewykonania zamówienia, a po stronie zamawiającego ryzyko niezyskania danego dobra. Dla uznania, że cena jest rażąco niska, konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. Ceny zawarte w ofertach złożonych w konkretnym postępowaniu odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, a na kalkulację mają wpływ zarówno te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku, jak i kondycja poszczególnych przedsiębiorców. Samo stwierdzenie przez zamawiającego różnic pomiędzy składanymi ofertami jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla wykazania rażąco niskiej ceny którejs z ofert, lecz winno skłonić do analizy ceny pod kątem tego, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną, czy też nie.

Co do błędu w cenie, który zawiera oferta złożona przez Korporację Budowlaną DORACO Sp. z o.o., Odwołujący powołał się na uchwałę Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r. sygn. akt. III CZP 52/11, w którym Sąd Najwyższy uznał, że określenie ceny ofertowej

z zastosowaniem nieprawidłowej stawki VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek omyłki.

Jeżeli zamawiający przewiduje zastosowanie różnych stawek VAT za poszczególne części przedmiotu zamówienia, winien wskazać to jasno i precyzyjnie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający uczynił w ramach odpowiedzi na pytanie nr 1 z 13 października 2011 r. W oparciu o te wyjaśnienia i wskazówki Zamawiającego, które uznać należy za doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia, wykonawcy Energopol – Szczecin S.A. i Hydrobudowa Gdańsk S.A. dokonali wyceny przedmiotu zamówienia, jedynie Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. zastosowała odmienną od sugerowanej przez Zamawiającego stawkę VAT, a mianowicie w miejsce stawki podatkowej 0% stawkę mieszaną w wysokości około 21%. Również z punktu widzenia prawa podatkowego ustalenie przez Korporację Budowlaną DORACO Sp. z o.o. stawki VAT w wysokości około 21% jest nieprawidłowe.

Zgodnie z przepisem art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2004 nr 54, poz. 535, ze zm.) stawkę 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. Ponadto jak stanowi art. 83 ust. 2 tej ustawy, czynność ta podlega opodatkowaniu stawką 0% w przypadku prowadzenia przez podatnika dokumentacji, że czynności te zostały wykonane przy zachowaniu warunków określonych w tym przepisie.

Pojęcia „akwen portowy” i „tor podejściowy” zdefiniowano w rozporządzeniu Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 1 czerwca 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać morskie budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie, w którego § 2 pkt 35 wskazano, że przez tor podejściowy należy rozumieć tor wodny prowadzący z morza terytorialnego do portu morskiego lub przystani morskiej, a w § 2 pkt 2, że akwen to wszelki obszar pokryty wodą.

Zgodnie z art. 2 pkt 2 ustawy z dnia 20 grudnia 1998 r. o portach i przystaniach morskich port morski to akwen i grunt oraz związana z nim infrastruktura portowa znajdująca się w granicach portu.

Zarządzenie nr 2 Dyrektora Urzędu Morskiego w Szczecinie z dnia 3 czerwca 2002 r. w sprawie określenia akwenów portowych oraz ogólnodostępnych obiektów, urządzeń i instalacji wchodzących w skład infrastruktury portowej w portach morskich w Dziwnowie, Kamieniu Pomorskim, Karsiborze, Lubinie, Mrzeżynie, Nowym Warpnie, Policach, Przytorze, Sierosławie, Stepnicy, Trzebieży, Wapnicy i Wolinie oraz w przystaniach morskich w Międzyzdrojach, Niechorzu i Rewalu, w § 5 pkt 2 wskazuje, iż w skład infrastruktury portowej portu w Lubinie wchodzi: nabrzeże Basenu Rybackiego wraz z falochronami i nabrzeże postojowe zewnętrzne wraz z wyciągiem (slipem) dla łodzi rybackich.

Zgodnie z powyższym roboty opisane w ramach zadania „Przebudowa infrastruktury dostępowej w porcie Lubin” dotyczące remontu nabrzeża w Basenie Rybackim, remontu falochronów wejściowych, konserwacji slipu i umocnienia narzutu w umocnieniu brzegowym północnym, które wchodzi w skład infrastruktury portowej w akwenie portowym, będą opodatkowane stawką podatkową w wysokości 0%.

Zgodnie z interpretacją ogólną Ministra Finansów z dnia 22 czerwca 2011 r. (znak PT2/033/I/442/TXW/2011/763), usługi w zakresie utrzymania torów podejściowych i akwenów portowych nie muszą ograniczać się tylko do usług wykonywanych bezpośrednio na tych obiektach, lecz efektem tych usług powinno być utrzymanie akwenów portowych lub torów podejściowych w odpowiednim stanie, w tym zapewnienie ich funkcjonalności. Zdaniem Odwołującego, jak i Zamawiającego wyrażonego w ramach udzielonych wyjaśnień, charakter prac w ramach zadania „Przebudowa infrastruktury dostępowej w porcie Lubin” wskazuje na konieczność uznania, że prace te służą utrzymaniu akwenów portowych i torów podejściowych, gdyż będą one służyły utrzymaniu obiektów w stanie pozwalającym na prawidłowe funkcjonowanie portu i nie powodują zmiany warunków technicznych (obejmują wyłącznie prace remontowe w rozumieniu art. 3 pkt 8 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane – prowadzą do odtworzenia stanu pierwotnego).

Zamawiający złożył pisemne odpowiedzi na oba odwołania, w których wniósł o ich oddalenie i podtrzymał dotychczas podjęte w postępowaniu czynności wskazując jednocześnie na: brak interesu Odwołujących w uzyskaniu zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania, brak przesłanek określonych w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych warunkujących obowiązek Zamawiającego do wezwania Energopol – Szczecin S.A. do złożenia wyjaśnień, a następnie odrzucenie tej oferty z uwagi na to, iż zaoferowana cena jest rażąco niska oraz brak przesłanek określonych w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych warunkujących odrzucenie oferty Energopol – Szczecin S.A. i Hydrobudowy Gdańsk S.A. (Zamawiający nie odniósł się do kwestii stawki podatku zastosowanej przez Korporację Budowlaną DORACO Sp. z o.o.)

Wyjaśniając swoje stanowisko Zamawiający argumentował, że na gruncie art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych prawo do złożenia środka ochrony w postaci odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów tejże ustawy. Natomiast Odwołujący nie wykazali istnienia powyższych przesłanek, w szczególności szkody, gdyż i tak nie uzyskaliby tego zamówienia, jako że ceny ich ofert przekraczają wartość środków, jakie Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (25.050.000,00 zł), a nie ma on możliwości zwiększenia tych środków. Zatem

nawet mimo uwzględnienia odwołania Zamawiający będzie uprawniony do unieważnienia postępowania.

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie powziął żadnych wątpliwości odnośnie oferty Energopol – Szczecin S.A. w aspekcie rażąco niskiej ceny. Wartość zamówienia została ustalona na kwotę 21.753.847,80 zł, zatem oferta Energopol – Szczecin S.A. znacznie bardziej odpowiadała szacunkom Zamawiającego niż oferty pozostałych wykonawców. Poza tym Zamawiający prowadzi cały szereg postępowań związanych z wykonaniem robót budowlanych analogicznych do stanowiących przedmiot niniejszego postępowania i różnica na poziomie 27% pomiędzy cenami poszczególnych oferentów nie stanowi sytuacji wyjątkowej, gdyż zdarzają się znacznie większe dysproporcje cenowe, np. przy przebudowie falochronu wschodniego w Świnoujściu, gdzie przy szacunkowej wartości zamówienia w wysokości 108.001.895 zł najkorzystniejsza oferta (złożona przez jednego z Odwołujących) opiewała na kwotę 44.469.965,11 zł, natomiast najdroższa oferta została ustalona na poziomie 76.038.466,64 zł, a wybrany wykonawca realizuje to zamówienie w sposób prawidłowy.

Znaczne rozbieżności pomiędzy oferowanymi cenami w przypadku robót hydrotechnicznych wynikają ze specyfiki tych prac, każde zamówienie szacowne jest indywidualnie w zależności od możliwości danego wykonawcy i nie ma możliwości odwołania się do powszechnie funkcjonujących na rynku cenników (jak np. Sekocebud), gdyż dla branży hydrotechnicznej nie są one sporządzane i publikowane. Duże rozbieżności pomiędzy oferowanymi cenami wynikają między innymi z indywidualnych możliwości mobilizacji specjalistycznego sprzętu i siły roboczej w rejonie prowadzonych robót, a także dostępności materiałów i kosztów ich transportu na teren budowy. Odwołujący jako profesjonalne podmioty funkcjonujące w branży hydrotechnicznej zdają sobie sprawę z tych uwarunkowań, dlatego powołują się jedynie na funkcjonujące w orzecznictwie pojęcia ceny rażąco niskiej nie wskazując żadnych merytorycznych przesłanek, które pozwalałyby odnieść je do oferty Energopol – Szczecin S.A.

Zamawiający podtrzymał swoją opinię o stawce VAT dla przebudowy infrastruktury dostępowej w porcie Lubin w wysokości 0% jako poprawnej, co, jego zdaniem, wynika bezpośrednio z art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o podatku od towarów i usług i faktu, iż prace prowadzone w porcie Lubin związane będą z utrzymaniem akwenu portowego. Odwołujący – Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. powołując się na oficjalną interpretację Ministra Finansów z dnia 22 czerwca 2011 r. błędnie ją interpretuje przyjmując, że stawka VAT 0% może być stosowana wyłącznie w odniesieniu do prac związanych z utrzymaniem falochronów. Tymczasem interpretacja ta dotyczy co prawda falochronów, ale ma charakter

ogólny i znajduje zastosowanie do wszystkich prac związanych z utrzymaniem akwenów portowych i torów podejściowych. Niewątpliwie budowle hydrotechniczne znajdujące się w porcie, takie jak nabrzeża, slipy, umocnienia brzegowe służą utrzymaniu akwenu portowego w stanie umożliwiającym żeglugę na terenie portu i eksploatację portu. Zakres prac do wykonania w porcie Lubin, określonych przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej jednoznacznie wskazuje, iż będą miały one charakter remontowy i konserwacyjny, a więc będą odpowiadały przesłance zastosowania stawki 0% określonej w art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o podatku od towarów i usług, która wymaga, aby prace dotyczyły istniejących obiektów i były związane z przywróceniem ich podstawowych parametrów.

Energopol – Szczecin S.A. przystąpił do obu postępowań odwoławczych po stronie Zamawiającego.

Podczas rozprawy poparł stanowisko Zamawiającego dotyczące zarzutów odnoszących się do jego oferty i wniósł o ich oddalenie.

W art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o podatku od towarów i usług mowa jest o utrzymaniu, czyli dbaniu o coś i jego zachowanie, co odpowiada definicji remontu zawartej w ustawie Prawo budowlane. Zwrócił uwagę, iż w opisie przedmiotu zamówienia opisano szczegółowo prace dotyczące portu Lubin i w punkcie 2.14.2 zawarto opis remontu opaski brzegowej. Stwierdza, iż remont nie musi dotyczyć bezpośrednio toru podejściowego czy akwenu portowego, lecz ma być „związany z ich utrzymaniem”.

Powołał się na rozporządzenie Ministra Transportu i Gospodarki z 1 czerwca 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać morskie budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie, gdzie w § 13 stwierdzono, iż nabrzeże to budowla morska stanowiąca obudowę akwenu portowego, zatem jego remont jest związany z utrzymaniem akwenu portowego. Oprócz interpretacji powołanej przez Hydrobudowę Gdańsk S.A. powołał interpretację Ministra Finansów z 22 czerwca 2011 r. PT8/033/11/SBA/11/PT818, która, jego zdaniem, potwierdza to stanowisko. Falochron to również pojęcie odrębne od toru podejściowego i akwenu portowego, natomiast Odwołujący – Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. nie ma wątpliwości, że jego remont jest objęty stawką 0%. Stwierdza, iż bezpośrednio związane z falochronem jest umocnienie brzegowe, natomiast jakiegokolwiek uszkodzenie w slipie powoduje, że w konsekwencji można uszkodzić nabrzeże i zanieczyścić akwen portowy. Zamawiający w pierwotnej wersji specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał dla portu Lubin stawkę 0%, a zmieniając specyfikację podtrzymał to stanowisko, lecz przeniósł ciężar odpowiedzialności za prawidłowe określenie stawki na wykonawcę.

Co do rażąco niskiej ceny – samo zróżnicowanie cen ofert czy cen w stosunku do wartości zamówienia nie jest równoznaczne z rażąco niską ceną, co potwierdzają liczne wyroki. Energopol – Szczecin S.A. jest doświadczonym podmiotem, któremu trudno zarzucić brak doświadczenia w kalkulacji cen lub chęć uzyskania zamówienia za wszelką cenę, na jego korzyść przemawia też, iż jest on firmą lokalną ze Szczecina, więc nie ponosi kosztów zaplecza, które ponoszą podmioty z innych miast. Na potwierdzenie tego, iż w analogicznych postępowaniach są składane oferty o różnej wartości powołał się na ceny ofert w postępowaniu na ochronę brzegów morskich na wschód od portów Darłowo prowadzonym przez Urząd Morski w Słupsku.

Przystąpienia po stronie Zamawiającego zgłosiły: Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. do odwołania KIO 2447/11 i Hydrobudowa Gdańsk S.A. do odwołania KIO 2436/11. Ze względu na pokrywające się zarzuty obu odwołań, nie przedstawiali oni osobnej argumentacji jako przystępujący.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz na podstawie oświadczeń złożonych w pismach i podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: żadne z odwołań nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła także, że Odwołujący mają interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Interes ten jest ustalany na chwilę wniesienia odwołania i nie niweczy go ewentualne stwierdzenie przez zamawiającego, że cena oferty odwołującego przekracza kwotę, jaką zamawiający zamierza lub może przeznaczyć na realizację zamówienia, na co wskazywano już w licznych orzeczeniach Izby.

Izba ustaliła także, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (treść istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy dokumentów) oraz treść i zastosowanie w danej sprawie powołanych przez Strony i Przystępujących przepisów nie jest sporne.

W odniesieniu do stawki VAT sporna jest natomiast interpretacja art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, zgodnie z którym stawkę 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 – w zakresie rozumienia pojęcia „usług związanych z utrzymaniem” (akwenów portowych i torów podejściowych).

Jakkolwiek bowiem, na co wskazywał Odwołujący – Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. sam przepis prawa podatkowego ustalający zasady zastosowania obniżonej stawki podatku należy interpretować ściśle i literalnie, to jednak ustawodawca użył w nim zwrotu niedookreślonego „usługi związane z utrzymaniem”, co do którego dopiero należy ustalić zbiór przedmiotów wyczerpujących jego zakres znaczeniowy.

Przywołane przez Strony i Przystępujących interpretacje Ministra Finansów z 22 czerwca 2011 r. (zarówno ogólna, jak i indywidualna) wskazują na pewne zasady przyporządkowania robót budowlanych do tego zbioru wskazując, że usługi w zakresie utrzymania akwenów portowych i torów podejściowych nie muszą ograniczać się tylko do usług wykonywanych bezpośrednio na tych obiektach, lecz mogą – szerzej – obejmować usługi, których efektem jest utrzymanie tych akwenów i torów w odpowiednim stanie i zapewnienie ich funkcjonalności i bezpieczeństwa, przy czym nie mogą one prowadzić do zmian parametrów tych akwenów czy torów. Minister podkreślił też, że prawidłowe zakwalifikowanie usług do stawki podatkowej wymaga każdorazowej szczegółowej analizy stanu faktycznego sprawy.

Należy zwrócić przy tym uwagę, iż obie przywołane interpretacje nie odpowiadają bezpośrednio na pytanie, jaka stawka podatku od towarów i usług powinna być zastosowana dla robót w porcie Lubin, ponieważ odnoszą się one jedynie do remontu falochronu, który w niniejszej sprawie (z powodu owych interpretacji) nie jest sporny i wszyscy wykonawcy oraz Zamawiający zastosowali dla niego stawkę 0%.

Biorąc jednak pod uwagę stan faktyczny niniejszej sprawy, interpretacje te mają mniejsze znaczenie dla rozwiązania zaistniałego sporu niż postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z udzielonymi w stosunku do niej wyjaśnieniami.

Zamawiający bowiem w treści specyfikacji wskazał w załączniku nr 1A stawki VAT, które mają według niego zastosowanie dla zamawianych robót, z podziałem na grupy zadań w odniesieniu do poszczególnych portów. Dla spornego portu Lubin wskazał on dla remontu nabrzeży w Basenie Rybackim, remontu falochronów wejściowych, konserwacji nadbudowy nabrzeża postojowego ze slipem i uzupełnienie narzutu w umocnieniu brzegowym północnym stawkę 0%. Po otrzymaniu w tej kwestii pytań od wykonawców – m.in. o podstawę zastosowania danych stawek, wskazanie, że ustalenie stawek podatku należy do wykonawców oraz prośby o potwierdzenie, że zastosowanie wskazanych stawek w ofercie nie spowoduje jej odrzucenia, Zamawiający, w odpowiedzi (pytanie nr 1 z 13 października 2011 r. oraz załącznik nr 2 do wyjaśnień) podtrzymał swoją opinię w kwestii tych stawek, jednak dopuścił zastosowanie przez wykonawców ich innej wysokości wskazując, że to wykonawca powinien uzupełnić formularz cenowy według przyjętych przez

siebie wielkości kwot netto i brutto, jakkolwiek sam posiada informacje o interpretacjach podatkowych, które „mogą stanowić podstawę do rozważenia zastosowania 0% stawki”.

Tym samym należy uznać, że na gruncie specyfikacji istotnych warunków zamówienia osiągnięto pewien *consensus* co do zastosowania dla robót w porcie Lubin stawki VAT 0% (jak również stawek dla innych portów, które wszyscy wykonawcy określili identycznie jak Zamawiający, więc nie stanowią przedmiotu sporu) i, kierując się utrwaloną już w systemie zamówień publicznych zasadą, że nie powinno się wyciągać negatywnych konsekwencji w stosunku do wykonawców, którzy w ofercie zastosowali się do wskazań Zamawiającego zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (i jej wyjaśnieniach), nie można stwierdzić, że wykonawcy ci popełnili błąd w obliczeniu ceny oferty.

Z tego również powodu trudno zarzucać Zamawiającemu naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez to, że nie poprosił on tych wykonawców o wyjaśnienia powodu zastosowania stawek podatkowych 0%, skoro sam je w takiej wysokości wskazał.

Na tej samej jednak podstawie nie można również zarzucać Korporacji Budowlanej DORACO Sp. z o.o. niezgodności oferty (stawek VAT) ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, skoro Zamawiający danych stawek nie narzucił w sposób sztywny, lecz założył, że wykonawcy, nie będąc przekonani o możliwości zastosowania obniżonej stawki podatku, zastosują stawkę podstawową, zwłaszcza że, jak wskazano, interpretacje podatkowe nie odnoszą się do innych niż falochron elementów infrastruktury dostępowej.

Odwołujący Hydrobudowa Gdańsk S.A. nie wykazał również, że na gruncie przepisów ustawy o podatku od towarów i usług ustalenie wartości podatku w ofercie Korporacji Budowlanej DORACO Sp. z o.o. jest nieprawidłowe (przy tym wykonawca ten nie zastosował, jak podano w odwołaniu, „stawki ok. 21%”, lecz wskazał dla tej pozycji końcową cenę netto i brutto, których różnica pozwala wnioskować – co potwierdził oświadczeniem też ten wykonawca – że dla części robót (falochron) zastosował on stawkę 0%, a dla reszty 23%).

Pomijając oczywisty fakt, iż w obowiązującym w Rzeczypospolitej Polskiej systemie prawa stanowionego interpretacje podatkowe nie stanowią źródeł prawa ani nie wiążą podatników, to, jak już Izba wskazała powyżej, przywołane interpretacje nie dają jednoznacznej odpowiedzi w odniesieniu do tego konkretnego przedmiotu zamówienia. Poza tym Strony podczas rozprawy wskazywały również na fakt, iż interpretacje z 22 czerwca 2011 r. stanowią pewną zmianę stanowiska samych organów podatkowych w stosunku do dotychczasowej, a przy tym nie oznaczają jednocześnie zmiany poglądów orzecznictwa sądowego (co potwierdzają dwa przywołane przez Odwołujących wyroki) i decydujący będzie dopiero przyszły pogląd Najwyższego Sądu Administracyjnego wyrażony w wyrokach kasacyjnych.

Natomiast 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.

Należy też w tym miejscu wskazać, iż 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. Takie stanowisko zostało wyrażone m.in. w komentarzu do art. 41 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług zawartym w „VAT. Komentarz” Lex 2010 r. wyd. IV autorstwa A. Bartosiewicza i R. Kubackiego: „Co do zasady, towary i usługi opodatkowane są stawką podstawową. Stosowanie stawki podstawowej ma charakter reguły ogólnej. W razie jakichkolwiek wątpliwości co do wysokości opodatkowania także powinna być stosowana ta stawka”. Warto zwrócić uwagę, że autorzy posługują się wręcz określeniem „jakiegokolwiek” wątpliwości, z którymi, w ocenie Izby, w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego niewątpliwie mamy do czynienia.

Skoro więc ustawa o podatku od towarów i usług, która ma być w tym zakresie podstawą stwierdzenia, czy w obliczeniu ceny nastąpił błąd, nie wskazuje na wystąpienie błędu, to tym samym trudno też o takim błędzie mówić na gruncie pochodnego od niej rozumienia błędu w stawce VAT w ramach art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zastosowania przez wykonawcę stawki podstawowej nie można również uznać za niekonkurencyjne w stosunku do innych wykonawców, gdyż jego efektem jest co najwyżej uzyskanie przez niego wyższej ceny końcowej własnej oferty, co nie oddziałuje negatywnie na sytuację innych wykonawców w postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutu niewykonania przez Zamawiającego obowiązku wynikającego z art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na prawdopodobieństwo wystąpienia w ofercie Energopol – Szczecin S.A. rażąco niskiej ceny, Izba stwierdziła, że zarzut ten nie został przez Odwołujących udowodniony. Zgadza się tu z uwagą Zamawiającego, że ze względu na brak w odwołaniach merytorycznej argumentacji, nie był on nawet w stanie ustosunkować się do tej kwestii.

Odwołujący bowiem swój zarzut oparli w zasadzie jedynie na tym, że w ich opinii Zamawiający takich wyjaśnień powinien zażądać. Zarzut tego typu jednak, tak jak i odnoszący się do każdego innego przepisu, powinien być należycie uzasadniony

i udowodniony (lub chociaż solidnie uprawdopodobniony), a nie sprowadzać się, jak to ma miejsce w niniejszych odwołaniach, jedynie do postulatu dokonania wskazanej czynności.

Przy czym potwierdza to już nawet sama argumentacja zawarta w odwołaniu Hydrobudowy Gdańsk S.A. Odwołujący wskazał tam, powołując się na wypracowane przez orzecznictwo przykładowe cechy rażąco niskiej ceny, czyli: niewiarygodnej, nierealistycznej w porównaniu do cen rynkowych, wskazującej na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia, nieopłacalnej dla wykonawcy, oderwanej od realiów rynkowych, spekulacyjnej, grożącej niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia. Po powzięciu podejrzenia co do takich atrybutów ceny zamawiający powinien dopełnić swego obowiązku zbadania wysokości tej ceny. Natomiast samo stwierdzenie przez zamawiającego różnic pomiędzy składanymi ofertami jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla wykazania rażąco niskiej ceny którejs z ofert.

Odwołujący nie próbowali nawet wykazać żadnego z tych elementów powołując się jedynie na różnicę w cenach ofert. Przy tym należy podkreślić, że Zamawiający, powołując się na swoje doświadczenie życiowe, stał na stanowisku, że wysokość ceny oferty Energopol – Szczecin S.A. nie budzi jego obaw ani podejrzeń.

Tym samym Izba uznała, że Odwołujący nie dowiedli naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych – i w konsekwencji niepoprawnego dokonania kolejnych czynności w postępowaniu, w tym wyboru oferty najkorzystniejszej.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając oba odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 3 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:

.....

.....

.....