

**Sygn. akt: KIO 2751/11**

**WYROK**  
**z dnia 5 stycznia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Izabela Niedziałek-Bujak**

**Członkowie:** **Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Aneta Mlącka**

**Protokolant:** **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2011 r. przez wykonawcę SKANSKA S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. Zajączka 9 w postępowaniu prowadzonym przez Urząd Morski w Gdyni, 81-338 Gdynia, ul. Chrzanowskiego 10

przy udziale wykonawców:

WMW Marek Pestilenz i Wojciech Pestilenz Sp.j., 84-110 Krokowa, dz. nr 9/21 Parszczyce zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2751/11 po stronie zamawiającego

Konsorcjum firm: Budimex S.A., 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40, FERROVIAL AGROMAN S.A., calle Ribera del Loira, numero 42, Campo de las Naciones, 28042 Madryt, Hiszpania, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2751/11 po stronie odwołującego

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert, w tym wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty odwołującego się oraz nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego się.
2. Kosztami postępowania obciąża Urząd Morski w Gdyni, 81-338 Gdynia, ul. Chrzanowskiego 10 i

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę SKANSKA S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. Zajęczka 9 tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Urzędu Morskiego w Gdyni, 81-338 Gdynia, ul. Chrzanowskiego 10 na rzecz wykonawcy SKANSKA S.A., 01-518 Warszawa, ul. Gen. Zajęczka 9 kwotę **10.000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni na *odbudowę i remont opaski brzegowej w Rozewiu* - numer postępowania ZP-JG-3800-73/11 – wobec czynności oceny ofert, w tym wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia swoje oferty - wykonawca Skanska S.A. wniósł w dniu 23 grudnia 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2751/11). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 23 grudnia 2011 r. Informację o okoliczności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania odwołujący powziął z treści zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty przesłanej wykonawcom w dniu 21 grudnia 2011 r. faksem. Postępowanie prowadzone jest według procedury obowiązującej dla postępowań nieprzekraczających kwoty określonej w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy dla robót budowlanych.

W odwołaniu postawiony został zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, będącego wynikiem rozstrzygnięcia postępowania, w którym wybrano ofertę WMW Marek Pestilenz i Wojciech Pestilenz Sp. J. i odrzucono ofertę odwołującego. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia oferty Skanska i dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności przywołanych w odwołaniu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołujący wywodził, iż zarówno oferta WMW, jak i NAVIMOR-INVEST zawierają błędy w obliczeniu ceny i powinny być odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, natomiast oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu, jako zgodna z siwz oraz Ustawą. Zdaniem odwołującego, roboty budowlane wchodzące w skład przedmiotu zamówienia opodatkowane są podstawową stawką VAT 23% i taką przyjął w swojej ofercie. Oferty, w których wykonawcy przyjęli stawkę 0%, zawierają błąd w obliczeniu ceny, który powinien skutkować odrzuceniem takich ofert. Zamawiający przyjął za właściwą stawkę VAT 0%, na co wskazywać miała jego odpowiedź na pytanie wykonawców dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, w której uznał, iż w jego ocenie wchodzące w skład przedmiotu zamówienia roboty są robotami związanymi z ochroną środowiska morskiego.

Zgodnie z art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o VAT, stawkę podatkową 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. Wykładnia gramatyczna pojęcia usługi związanej z ochroną środowiska poparta definicjami ustawowymi (art. 3 pkt 13 ustawy Prawo ochrony środowiska,

art. 4 Konwencji o ochronie środowiska morskiego obszaru Morza Bałtyckiego), wskazuje na zastosowanie zwolnienia do ochrony środowiska morskiego obszaru Morza Bałtyckiego, które obejmuje wodę i dno morskie łącznie z ich żywymi zasobami i innymi formami życia w morzu. Natomiast usługi polegające na umacnianiu brzegów służą nie tyle ochronie środowiska morskiego, ile środowiska lądowego – czyli służą zachowaniu w stanie niepogorszonym stanu już istniejących brzegów morskich oraz ich zabezpieczeniu przed dalszym zniszczeniem – a nie zachowania w stanie niepogorszonym stanu już istniejącego akwenu morskiego oraz jego zabezpieczenia przed dalszym zniszczeniem. Zakres stosowania przepisu art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o VAT odnosi się zatem jedynie do usług związanych z ochroną środowiska morskiego, rozumianą jako podjęcie lub zaniechanie działań umożliwiających zachowanie lub przywracanie równowagi przyrodniczej w związku z mającymi wpływ na to środowisko czynnikami innymi niż przyrodnicze, a więc wynikającymi z działalności człowieka, rozwoju transportu morskiego, nadmiernego rybołówstwa, rolnictwa (stosowanie nawozów sztucznych), przemysłownictwa, itp.

Opaska brzegowa będąca przedmiotem zamówienia to budowla wodna (betonowa, kamienna lub z piasku, wzmocniona faszyną) stanowiąca wzdłużną obudowę brzegu rzeki lub morza (encyklopedia PWN). Stanowi rodzaj budowli regulacyjnej, stosowanej w hydrotechnice, której funkcją jest umocnienie i zabezpieczenie przed erozją istniejącego brzegu cieku lub zbiornika wodnego. Do jej zadań należy ochrona przed erozją wodną oraz umacnianie linii brzegowych rozmaitych zbiorników wodnych. Opaski brzegowe w sposób bierny utrzymują granicę między lądem i morzem, tzn. nie przyczyniają się do odwrócenia naturalnej tendencji erozji brzegu. Zasada ich działania polega na tym, iż odbijają one oraz częściowo rozpraszają docierające do nich fale, a tym samym zabezpieczają plaże, dolne części wydm, klifu czy wału przeciwsztormowego. Równocześnie mogą przeciwdziałać procesom osuwiskowym stromych, często nawodnionych skarp. Budowa takich obiektów w sposób sztuczny kształtuje środowisko nadmorskie, wpływa na zachwianie równowagi przyrodniczej ponieważ oddziaływanie morza na ląd jest procesem naturalnym, niezależnym od człowieka, a ewentualne działania skierowane na ochronę brzegów morskich służą przede wszystkim interesom samego człowieka, a nie środowiska morskiego, które w wyniku ruchu wody i związanego z tym podmywania lądu, nie doznaje żadnej szkody, której należałoby zapobiegać z punktu widzenia środowiska morskiego.

Odwołujący przywołał dwie interpretacje podatkowe wydane przez Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy (sygn. akt ITPP2/443-583/09AK z dnia 11.09.2009 r.) oraz Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie (sygn. akt IPPP3/443-239/11-4/KC z dnia 19.05.2011 r.), w których szczegółowo omówiono przypadki, w jakich dopuszczalne jest zastosowanie stawki VAT 0%.

Przedmiotowe roboty, zdaniem odwołującego nie służą ochronie środowiska morskiego, gdyż ma ją na celu poprawę warunków bezpieczeństwa nadbrzeży i nie są związane w żaden sposób z ochroną środowiska morskiego (nie przyczyniają się do jego ochrony, albowiem usytuowane są na lądzie i oddziałują na środowisko lądowe). Opaska nie służy zabezpieczeniu morza przed szkodliwym działaniem lądu, czy też innych czynników, a zabezpieczeniu lądu, co przesądza o konieczności zastosowania dla tych robót stawki podstawowej VAT 23%.

Odwołujący wskazał na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 52/11 oraz CZP 53/11), w której Sąd jednoznacznie stwierdził, iż podatek VAT stanowi element cenotwórczy, który zamawiający jest zobowiązany ocenić. Sąd Najwyższy wskazał jednocześnie, że o porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny, można mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł. Nie zachowanie porównywalności ofert prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji (art. 7 ustawy). Przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku VAT jest równoznaczne z błędem w obliczeniu ceny, bez względu na skalę stwierdzonego uchybienia, niezależnie od tego, czy wykonawca zastosował nieprawidłową stawkę VAT świadomie, czy też z uwagi na błędną interpretację przepisów podatkowych.

W dniu 30 grudnia 2011 r. do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili wykonawcy: konsorcjum Budimex S.A, Ferrovial Agroman S.A. po stronie odwołującego i WMW Marek Pestilenz i Wojciech Pestilenz Sp. J. po stronie zamawiającego.

### **Stanowisko Izby**

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwiema ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

W odniesieniu do podniesionego przez zamawiającego zarzutu formalnego i żądania odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, Izba uznała, iż odwołanie obejmuje zakresem zaskarżenia czynność określoną w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp,

tj. odrzucenie oferty odwołującego się. Podnoszone w treści odwołania zarzuty zaniechania odrzucenia ofert innych wykonawców nie mogły być uznane za dopuszczalne w świetle przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, który określa rodzaj czynności zamawiającego, wobec których wykonawcom przysługuje środek ochrony prawnej - odwołanie. Nie stały one jednak na przeszkodzie rozpoznania zarzutu naruszenia art. 89 ust. pkt 6 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp., opartego na stwierdzeniu, iż zamawiający w sposób błędny przyjął, iż oferta odwołującego, który przy obliczeniu ceny brutto przyjął stawkę VAT 23 %, podlegała odrzuceniu. W kontekście podniesionego zarzutu, Izba musiała rozstrzygnąć o prawidłowej, z punktu widzenia zakresu przedmiotu zamówienia, stawce podatku VAT. Izba uznała, iż na skutek czynności zamawiającego, doszło do naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Zamawiający kwestionował istnienie interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując na brak możliwości zaskarżenia przez odwołującego zaniechania odrzucenia ofert o niższych cenach, co w konsekwencji oznacza, iż również Izba nie może nakazać odrzucenia ofert, w których przyjęto stawkę podatku VAT 0%. Następnie wskazywał, iż uwzględnienie odwołania, zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, może nastąpić jedynie wówczas, gdy stwierdzone naruszenie ma wpływ lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Nie mogąc orzekać co do ofert innych wykonawców, niż odwołujący, nie można stwierdzić wpływu na wynik postępowania.

Izba uznała, iż rozstrzygnięcie o prawidłowej stawce podatku VAT ma skutek dla prawidłowej oceny wszystkich ofert złożonych w postępowaniu i to niezależnie od dopuszczalnego zakresu zaskarżenia czynności zamawiającego. Ustalenie w odniesieniu do oferty odwołującego, czy wykonawca ten popełnił błąd w obliczeniu ceny, jest istotne z punktu widzenia interesu tego wykonawcy w uzyskaniu zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest bowiem dokonać prawidłowej oceny merytorycznej ofert i porównania ofert obliczonych z zachowaniem tych samych reguł. Na taką wytyczną wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z dnia 20.10.2011 r., sygn. akt III CZP 52/11. Skoro zamawiający jest zobowiązany do przestrzegania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, rozstrzygnięcie o prawidłowej stawce podatku VAT będzie stanowiło wytyczną dla prawidłowej oceny ofert, zapewniającej ich porównywalność. Zgodnie z przywołaną uchwałą Sądu Najwyższego, w przypadku stwierdzenia przyjęcia przez wykonawcę w cenie oferty nieprawidłowej stawki podatku VAT, może zachodzić przesłanka do poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co w przypadku odwołującego się, oznaczałoby konieczność pomniejszenia ceny oferty odwołującego do wskazanej wartości netto, która jest najniższą spośród wszystkich złożonych w postępowaniu ofert. W takiej sytuacji, oferta odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Punkt wyjścia dla rozstrzygnięcia przez Izbę w przedmiocie prawidłowej stawki podatku VAT, stanowił opis przedmiotu zamówienia, w oparciu o który wykonawcy dokonywali kalkulacji cen w ofertach.

W oparciu o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia Izba ustaliła, iż przedmiot zamówienia obejmuje odbudowę i remont opaski brzegowej w Rozewiu obejmującą: remont opaski na odcinkach powierzchniowo uszkodzonych, odbudowę na odcinkach o zniszczeniach strukturalnych, podwyższenie opaski (nowa rzędna od strony wody + 4,00 m npm) z odpowiednim ukształtowaniem płaszczyzny odwodnej, przebudowę systemu odwodnienia, wykonanie drogi tymczasowej na plaży), organizację zaplecza (techniczno-socjalnego i inżyniera kontraktu), wykonanie i postawienie tablic (pkt 4 IDW - siwz).

W odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 25.10.2011 r. zamawiający udzielił wyjaśnień do opisu przedmiotu zamówienia i wskazał, iż przedmiot zamówienia stanowi usługę (robotę) związaną z ochroną środowiska morskiego. Zamawiający poczynił również zastrzeżenie, iż powyższe stanowisko nie stanowi określenia przez zamawiającego stawki podatku VAT, a wyjaśnienie wątpliwości wykonawcy odnośnie opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, iż określenie prawidłowej stawki podatku VAT należy do wykonawców, a zamawiający nie posiada w tym zakresie uprawnień. Należy zauważyć, iż w treści zapytania, wykonawca zwracał się „o określenie przez zamawiającego, czy funkcją całości bądź części robót objętych zamówieniem publicznym jest ochrona środowiska morskiego, a jeśli tak to wydzielenie i wyraźne wskazanie takiego zakresu robót w sposób umożliwiający prawidłową wycenę tego zakresu robót, poprzez zastosowanie właściwej stawki VAT”. W dalszej części odpowiedzi zamawiający powołał się na swoje doświadczenie i utrwaloną praktykę w zakresie takiego traktowania robót będących przedmiotem umowy. Wskazał również na możliwość skorzystania z klauzuli umownej 13.7 OWK dopuszczającej roszczenia wykonawcy związane ze zmianą stanu prawnego również w razie zmiany oficjalnej rządowej interpretacji praw. Zamawiający wyjaśnił, iż w przypadku wykazania w toku postępowania kontrolnego, podatkowego, w toku realizacji robót, iż roboty nie są usługą związaną z ochroną środowiska morskiego i winny być kwalifikowane z zastosowaniem innej stawki podatku VAT, sytuacja ta będzie upoważniała wykonawcę do skorzystania z klauzuli 13.7 OWK., natomiast zamawiający w takiej sytuacji nie będzie uważał się za zobowiązanego do zapłaty ewentualnych odsetek naliczonych przez organy podatkowe.

W ofercie Skanska dokonała kalkulacji ceny oferty w kosztorysie na łączną kwotę netto: 6.803.852,00 zł, a w formularzu ofertowym oferowana cena brutto uwzględniała podatek VAT 23% i wyniosła 8.368.737,96 zł.

W piśmie z dnia 21.12.2011 r. zawierającym informację o wyniku postępowania, zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego, dokonanej na

podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, odwołał się do treści wyjaśnień i udzielonej informacji o tym, że przedmiot zamówienia w jego ocenie jest usługą (robotą) związaną z ochroną środowiska morskiego. Jednocześnie zaznaczył, iż nie wskazał w siwz stawki podatku VAT, a zgodnie z art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy z dnia 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług, właściwą dla usługi związanej z ochroną środowiska morskiego i utrzymania akwenów portowych i torów podejściowych stawką podatku VAT jest stawka 0%. Mając na uwadze uzasadnienie uchwały Sądu Najwyższego, przy braku faktycznej możliwości odniesienia się do stawki podatku VAT wobec jej nieuwzględnienia w siwz, zamawiający uznał, iż nie doszło do omyłki podlegającej poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, a oferta obarczona jest błędem w obliczeniu ceny.

Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę opiewającej na kwotę 7.041.213,57 zł., w której cenie brutto uwzględniono podatek VAT 0%.

Jak wynika z powyższych ustaleń, stwierdzony przez zamawiającego błąd w obliczeniu ceny oferty Skanska wynikał z przyjęcia 23 % stawki podatku VAT, a nie 0 %, która w ocenie zamawiającego była prawidłowa. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający uznał, iż treść wyjaśnień zawarta w odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 25.10.2011 r. zapewniała jednoznaczność i jednolitość interpretacji dla wszystkich wykonawców opisu przedmiotu zamówienia, wyjaśniając elementy, które mają znaczenie dla wyliczenia składnika cenotwórczego oferty, jakim jest niewątpliwie podatek VAT. Wykonawcy uczestniczący w postępowaniu otrzymali jasny i czytelny przekaz od zamawiającego, jaka jest prawidłowa stawka podatku VAT w niniejszym postępowaniu.

W ocenie składu orzekającego przed przystąpieniem do rozstrzygnięcia, którą ze stawek podatku VAT, 23%, czy też 0% wykonawcy byli zobowiązani przyjąć dla obliczenia ceny oferty, należało odnieść się do treści siwz i udzielonych przez zamawiającego wyjaśnień.

Zdaniem Izby udzielona odpowiedź na pytanie nie zawierała wprost wskazania na właściwą stawkę podatku VAT, jaką wykonawcy mieli przyjąć dla obliczenia ceny oferty. Jedyne informacje w tym zakresie zamykała się w stwierdzeniu, iż według oceny zamawiającego, przedmiot zamówienia stanowi usługę (robotę) związaną z ochroną środowiska morskiego. Należy dalej zauważyć, iż udzielając takiej odpowiedzi zamawiający nie wskazał zakresu robót objętych przedmiotem zamówienia, które związane byłyby z ochroną środowiska morskiego. W znacznej części odpowiedź zamawiającego skupiała się na podkreśleniu obowiązku właściwego zastosowania stawki podatku VAT, jaki ciąży w tym zakresie na wykonawcach. Ponieważ przedmiot zamówienia obejmuje nie tylko prace związane bezpośrednio z wykonaniem odbudowy i remontu opaski brzegowej, ale również obejmuje prace pomocnicze, związane z wybudowaniem drogi tymczasowej

(technologicznej), czy też organizacją zaplecza, samo wskazanie, iż zamówienie obejmuje roboty związane z ochroną środowiska morskiego (bez odwołania się do podstawy prawnej opisanej w ustawie podatkowej), mogło prowadzić do wniosku, iż zamawiający przyjmował, jako właściwą stawkę VAT 0%, nie mogło być jednak uznane za jasny i czytelny przekaz o prawidłowej stawce podatku VAT wiążącej dla tego zamówienia. Nie można w oparciu o przywołane wyjaśnienia uznać, iż zamawiający wskazał wykonawcom sposób obliczenia ceny poprzez jednoznaczne narzucenie obowiązku obliczenia ceny z uwzględnieniem stawki VAT 0%. Stanowiły one jedynie, co sam podkreślał zamawiający, informację dotyczącą przedmiotu zamówienia, jednak bez szerszego uzasadnienia stanowiska zamawiającego. Wyjaśnienia mogły co najwyżej sugerować wykonawcom, jaką stawkę podatku VAT uznaje zamawiający za prawidłową, jednak nie mogły być uznane za jednoznaczne ustalenie sposobu obliczenia ceny w ofertach. W związku z zastrzeżeniem wskazanym wprost w treści wyjaśnień, iż nie stanowią one określenia przez zamawiającego stawki podatku VAT, Izba uznała, iż wykonawcy przy obliczeniu ceny mogli samodzielnie ustalić, jaką stawkę podatku VAT przyjąć do obliczenia ceny oferty brutto. W przypadku odwołującego, uznał on, iż zakres przedmiotu zamówienia nie mieści się w pojęciu usługi związanej z ochroną środowiska morskiego i przyjął dla obliczenia ceny podstawową stawkę podatku VAT.

W oparciu o złożone przez strony pisma urzędowe dotyczące wykładni przepisu art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o podatku od towarów i usług, Izba uznała, iż zastosowana przez odwołującego stawka podatku VAT 23% była prawidłowa, gdyż zakres prac objętych wyceną nie był związany z ochroną środowiska morskiego.

W przywołanym przepisie ustawy podatkowej, przewidziano podstawę do zastosowania stawki VAT 0% między innymi do usług związanych z ochroną środowiska morskiego. Pojęcie to nie zostało zdefiniowane w przepisach ustawy, a tym samym podlegało wykładni. Izba uwzględniła w tym zakresie wytyczną zawartą w piśmie Ministra Finansów z dnia 23.09.2011 r., złożonym przez zamawiającego, iż kwalifikacja wykonywanych przez podatnika usług do usług związanych z ochroną środowiska morskiego wymaga indywidualnego rozpatrywania, z uwzględnieniem indywidualnego, zaistniałego stanu faktycznego oraz zakresu wykonywanych usług. Jest ona na tyle uniwersalna, iż pozwala na jej zastosowanie również w odniesieniu do robót, objętych dyspozycją przepisu art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o podatku od towarów i usług (VAT). W piśmie Minister Finansów nie wykluczył, aby usługi wykonywane w celu ochrony brzegu morskiego nie mogły podlegać opodatkowaniu stawką 0%, dopuszczając ich opodatkowanie stawką preferencyjną wyłącznie w przypadku, gdy będą jednocześnie związane z ochroną środowiska morskiego.

W pierwszej kolejności należało uwzględnić, iż roboty dotyczą odbudowy i remontu opaski brzegowej, która definiowana jest, jako rodzaj budowli regulacyjnej stosowanej w

hydrotechnice, której funkcją jest umocnienie i zabezpieczenie przed erozją istniejącego brzegu cieków lub zbiorników wodnych. Opaski brzegowe stosowane są zarówno, jako śródlądowe budowle hydrotechniczne, jak i jako budowle morskie, służące technicznemu zabezpieczeniu brzegu. Opaska brzegowa jest konstrukcją budowlaną, która jednym bokiem przylega do akwenu (wody), a przeciwległym bokiem do istniejącego brzegu. Musi więc zostać w ten sposób zaprojektowana i wykonana, aby nie podlegała niszcącemu działaniu wody i aby zapewniona była jej stateczność, przy uwzględnieniu erozji dennej, jaka może występować, szczególnie na ciekach wodnych. Opaska brzegowa jest więc analogiczną konstrukcją jak tama podłużna, ale stosowaną dla istniejącego brzegu, a tama stosowana jest w celu wytworzenia nowej linii brzegowej i jej zabezpieczenia. Inną istotną różnicą jest też to, że tama początkowo z dwóch stron otoczona jest wodą, do czasu załadowania przestrzeni wyłączanej, a opaska brzegowa od początku swego istnienia jedną stroną opiera się o przyległy teren. Skutkuje to, mimo pewnych podobieństw, nieco innym sposobem kształtowania i konstruowania stosowaną dla obu typów budowli (źródło Wikipedia).

Jak wynika z przywołanej definicji, opaska brzegowa stanowi rodzaj budowli, której zadaniem jest ochrona brzegu morskiego przed niekorzystnym oddziaływaniem morza na ląd i jego niszczeniu. Jakkolwiek ma ona wpływ na środowisko morskie (wodę i dno morskie), z którym się styka, jednak jej zasadniczym celem jest ochrona środowiska lądowego i zabezpieczeniu stanu istniejącego brzegu, nie zaś ochrona akwenu morskiego przed zachwianiem równowagi przyrodniczej w związku z mającymi wpływ na to środowisko czynnikami innymi niż przyrodnicze. Zamawiający z faktu, iż prace miały być wykonywane w pasie technicznym, który jest obszarem przeznaczonym do utrzymania brzegu w stanie zgodnym z wymogami bezpieczeństwa i ochrony środowiska, wywodził, iż działania ochronne podejmowane w tym pasie mają na celu ochronę środowiska morskiego. W ocenie Izby, taki wniosek, bez wykazania w jaki sposób wykonanie przedmiotu zamówienia ma wpływać na ochronę środowiska morskiego, jest zbyt daleko idący. Zamawiający wywodził, iż pas techniczny znajdujący się na lądzie może być kwalifikowany jako środowisko morskie, które nie kończy się na linii brzegu. Teza ta, w ocenie składu orzekającego, nie mogła być uznana za prawidłową, gdyż nie znajduje oparcia zarówno w przepisach powoływanej przez zamawiającego ustawy z dnia 21 marca 1991 r. o obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej i administracji morskiej, jak również powszechnej wiedzy o środowisku morskim i lądowym. W przywoływanej przez zamawiającego ustawie wprost rozróżnia się obszar morski (obejmujący morskie wody wewnętrzne, morze terytorialne oraz wyłączną strefę ekonomiczną) od pasa nadbrzeżnego, stanowiącego obszar lądowy przyległy do brzegu morskiego (art. 36 ustawy). To właśnie w pasie nadbrzeżnym znajduje się pas techniczny na obszarze, którego zlokalizowany jest przedmiot zamówienia. Skoro przedmiotowa inwestycja zlokalizowana jest na wybrzeżu morskim, a więc na obszarze lądu, to lokalizacja ta nie może

automatycznie oznaczać, iż jej funkcją jest ochrona środowiska morskiego. Również przeznaczenie tego obiektu nie wskazuje, iż jest ono wykorzystywane w celu ochrony środowiska morskiego. Istota budowy opaski brzegowej sprowadza się do zabezpieczenia linii brzegowej, a więc środowiska lądowego przed szkodliwym wpływem morza. Zamawiający nie wykazał, aby remont i odbudowy opaski brzegowej miało wpłynąć na zahamowanie zmian w środowisku morskim (podłożu macierzystym, roślinności), spowodowanych naturalnymi procesami przyrodniczymi (erozja klifu), czy też działalnością człowieka. Zgodnie z prezentowanym przez zamawiającego stanowiskiem Ministra Finansów, usługi wykonywane w celu ochrony brzegu morskiego będą mogły korzystać z opodatkowania stawką podatku VAT 0% wyłącznie w przypadku, gdy będą jednocześnie związane z ochroną środowiska. Taki związek nie wynika z opis przedmiotu zamówienia i jego przeznaczenia.

Przydatnymi dla rozumienia znaczenia usług związanych z ochroną środowiska morskiego były interpretacje indywidualne organów podatkowych przedłożone przez odwołującego. Zastosowanie przepisu art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o VAT było odnoszone do usług związanych z ochroną środowiska morskiego, rozumianą jako podjęcie lub zaniechanie działań umożliwiających zachowanie lub przywracanie równowagi przyrodniczej w związku z mającymi wpływ na to środowisko czynnikami innymi niż przyrodnicze, a więc wynikające z działalności człowieka, rozwoju transportu morskiego, nadmiernego rybołówstwa, itp. Interpretacja przesłanek do zastosowania stawki preferencyjnej wymaga wykazania, iż celem prowadzonych działań jest ochrona środowiska morskiego, czego nie można stwierdzić w odniesieniu do budy i remontu opaski brzegowej.

W tych okolicznościach, Izba uznała, iż wykonawca nie popełnił błędu w obliczeniu ceny brutto oferty przyjmując do jej wyliczenia stawkę podatku VAT 23%. Prowadziło to do uznania, iż zamawiający odrzucając ofertę z tej przyczyny, dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp, w tym wskazanego art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp., Izba uwzględni odwołanie jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania. W postępowaniu, czynność oceny oferty odwołującego skutkowałą jej odrzuceniem i przyjęciem, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, która uwzględniała stawkę podatku VAT 0%. Ponieważ dla zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, konieczne jest przeprowadzenie oceny ofert w oparciu o takie same wytyczne, stwierdzona nieprawidłowość w przyjętej przez zamawiającego stawce podatku VAT, miała wpływ na wynik postępowania. Należy ponownie odwołać się do uzasadnienia zawartego w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 20.10.2011 r., w którym wskazuje się na konieczność zapewnienia porównywalności ofert w zakresie zaproponowanej ceny, co wymaga aby ceny

były obliczone z zachowaniem tych samych reguł. Wprowadzenie obowiązku odrzucenia ofert zawierających błędy w obliczeniu ceny stanowi o woli ustawodawcy zapewnienia stanu porównywalności ofert, z uwzględnieniem reguł uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami zabiegającymi o uzyskanie zamówienia publicznego. Zamawiający nie mógł dokonać oceny ofert skalkulowanych z uwzględnieniem różnych stawek VAT, co stałoby w sprzeczności z założeniem ustawodawcy prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Ustalenie wpływu naruszenia na wynik postępowania nie może być dokonane w oderwaniu od pozostałych ofert poddanych ocenie zamawiającego. Skoro w ofercie odwołującego nie popełniono błędu w obliczeniu ceny, to nie jest możliwe utrzymanie dotychczasowych wyników oceny ofert, która została przeprowadzona przy innym założeniu co do prawidłowej stawki podatku VAT. Dopiero porównanie ofert zawierających ceny obliczone zgodnie z obowiązującą stawką podatku VAT stanowiłoby prawidłowy wynik postępowania. Niezależnie od ustalenia, czy inne oferty zawierały omyłkę podlegającą poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp., oferta odwołującego byłaby najtańsza przy stawce podatku VAT 23%. Tym samym, odrzucenie tej oferty miało wpływ na przeprowadzoną ocenę ofert i wynik postępowania, co doprowadziło do uwzględnienia odwołania przez Izbę.

W związku z powyższym konieczne było również unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego się.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 i 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). Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę stanowiącą uzasadniony koszt strony poniesiony z tytułu wpisu od odwołania.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....