

WYROK
z dnia 19 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Anna Osiecka
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 czerwca 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 marca 2020 r. przez wykonawcę

A. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „Hydrobud” A. D. z siedzibą w Ustroniu Morskim

w postępowaniu prowadzonym przez

Urząd Morski w Szczecinie z siedzibą w Szczecinie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Korporacja Budowlana Doraco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku oraz WMW M. P. i W. P. Spółka jawna z siedzibą w Gdańsku** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Korporacja Budowlana Doraco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz WMW M. P. i W. P. Spółka jawna** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych,
2. uwzględnia – na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania podania uzasadnienia faktycznego i prawnego oceny ofert wykonawców, przez co nie można ocenić prawidłowości

oceny oferty złożonej przez A. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „Hydrobud” A. D. i nakazuje Urzędowi Morskiemu w Szczecinie:

- 2.1. unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 2.2. sporządzenie i przekazanie wykonawcom pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego oceny ofert wykonawców, zawierającego w szczególności wskazanie, które z opracowań wymienionych w ofercie A. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „Hydrobud” A. D. w ramach kryterium doświadczenia projektanta nie zostały uznane za spełniające wymogi opisane w punkcie 19.4.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w jakim zakresie i z jakiego powodu,
3. kosztami postępowania obciąża w częściach równych A. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „Hydrobud” A. D. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Korporacja Budowlana Doraco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku oraz WMW M. P. i W. P. Spółka jawna i:
- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez A. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „Hydrobud” A. D. tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Korporacja Budowlana Doraco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku oraz WMW M. P. i W. P. Spółka jawna na rzecz A. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „Hydrobud” A. D. kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu połowy wpisu.

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

Członkowie:

.....

U z a s a d n i e

Zamawiający – Urząd Morski w Szczecinie (poprzednio: Urząd Morski w Słupsku) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane w systemie zaprojektuj i wybuduj w ramach projektu pn. „Przebudowa wraz z rozbudową istniejącego systemu umocnień brzegowych na wysokości miejscowości Mielno” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 16 października 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 200-485069. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący – A. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „Hydrobud” A. D. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie podjęcia czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku oraz WMW M. P. i W. P. Sp. jawna w sytuacji, gdy zawiera ona błąd w obliczeniu ceny, polegający na błędnym i niezgodnym z przepisami prawa przyjęciu przez tego wykonawcę w cenach jednostkowych dla pozycji formularza ofertowego w punkcie 1 lit. b) „Roboty saperskie”, lit. c) „Refulacja” i h) „Wydobycie wraz z wykonaniem utylizacji, niewybuchów i niewypałów” lp. 1 „Wydobycie wraz z wykonaniem utylizacji, niewybuchów i niewypałów o pojemności pon. 51”, lp. 2 „Wydobycie wraz z wykonaniem utylizacji niewybuchów i niewypałów o pojemności pow. 5 l” stawki podatku VAT 0% w sytuacji, gdy zgodnie z przepisami prawa stawka podatku VAT wynosi 23 %,

2. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych na skutek braku uwzględnienia całego przedstawionego w ofercie Odwołującego doświadczenia projektanta (kryterium oceny ofert „DP”) i zaniżenie punktacji oferty Odwołującego w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert w sytuacji, gdy całe przedstawione przez Odwołującego doświadczenie projektanta (kryterium oceny ofert „DP”) spełnia wymogi uzasadniające przyznanie maksymalnej punktacji w tym kryterium na poziomie

15 punktów w miejsce przyznanych 10 punktów, co powinno skutkować podjęciem przez Zamawiającego czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu oraz przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji, proporcjonalności i przejrzystości, polegające na wyborze niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia: Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o. oraz WMW M. P. i W. P. Sp. jawna oraz na ocenie oferty Odwołującego w sposób niezgodny z przyjętym pozacenowym kryterium oceny ofert,

4. oraz – z ostrożności procesowej – art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego oceny ofert, skutkujące w zasadzie uniemożliwieniem Odwołującemu dokonania oceny prawidłowości i weryfikacji czynności oceny ofert przez Zamawiającego, bowiem z dokumentacji postępowania w żaden sposób nie wynika, na jakich podstawach Zamawiający nie uwzględnił całego przedstawionego w ofercie Odwołującego doświadczenia projektanta (kryterium oceny ofert doświadczenie projektanta („DP”)) i przyznał Odwołującemu 10 punktów w sytuacji, gdy całe przedstawione przez Odwołującego doświadczenie projektanta (kryterium oceny ofert doświadczenie projektanta („DP”)) spełnia wymogi uzasadniające przyznanie mu maksymalnej punktacji w tym kryterium na poziomie 15 punktów.

Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania w całości oraz o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia: Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o. oraz WMW M. P. i W. P. Sp. jawna,

2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym:

a) odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia: Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o. oraz WMW M. P. i W. P. Sp. jawna,

b) przyznania Odwołującemu w kryterium oceny ofert doświadczenie projektanta („DP”) maksymalnej punktacji na poziomie 15 punktów,

c) dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania lub przedstawionych na rozprawie na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym,

4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał – co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych – iż uczestnicy postępowania składając ofertę zobowiązani byli wypełnić wszystkie pozycje dotyczące zaoferowanej ceny, w tym cen jednostkowych netto oraz wartości netto i brutto dla następujących robót (pozycji): 1) wykonania dokumentacji projektowej, 2) wykonania robót (czynności) saperskich, 3) wykonania refulacji (opisanych jako prace i badania laboratoryjne w zakresie prac czerpально-refulacyjnych), 4) wykonania opaski brzegowej na ścianie szczelnej, 5) wykonania opaski brzegowej narzutowej, 6) wykonanie ostróg brzegowych, 7) wykonanie robót czerpano-refulacyjnych, 8) wydobycie wraz z utylizacją niewybuchów i niewypałów. Wskazanie tych cen jednostkowych oraz wartości netto i brutto było niezbędne w zakresie punktu 18.3.6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz rozliczenia częściowego wykonawcy. Zapłata wynagrodzenia przewidziana jest na podstawie faktur częściowych zgodnie z warunkami płatności określonymi w Programie funkcjonalno-użytkowym. (pkt 18.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o. oraz WMW M. P. i W. P. Sp. Jawna, zwani dalej „Przystępującym” zastosowało w treści oferty dla pozycji formularza ofertowego w punkcie 1. lit. b) „Roboty saperskie”, c) „Refulacja” i h) „Wydobycie wraz z wykonaniem utylizacji, niewybuchów i niewypałów” lp. 1 „Wydobycie wraz z wykonaniem utylizacji, niewybuchów i niewypałów o pojemności pon. 5 l”, lp. 2 „Wydobycie wraz z wykonaniem utylizacji niewybuchów i niewypałów o pojemności pow. 5 l” stawkę VAT 0%. Odwołujący, po zapoznaniu się z ofertami pozostałych oferentów, poinformował Zamawiającego o swoich wątpliwościach dotyczących tej oferty w zakresie stawki VAT. W efekcie Zamawiający skierował do Wykonawcy wezwanie z 24 stycznia 2020 r. o udzielenie wyjaśnień treści złożonej oferty poprzez wskazanie podstawy prawnej oraz faktycznej bądź interpretacji organu podatkowego pozwalającej na stosowanie stawki zerowej w zakresie prac wskazanych w ww. punktach. W odpowiedzi Przystępujący, pismem z 29 stycznia 2020 r. poinformował, iż podstawą prawną zastosowania preferencyjnej stawki podatku od towarów i usług 0% w pozycjach b-h formularza ofertowego jest art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o podatku od towarów i usług, co jest potwierdzone w interpretacji indywidualnej Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z 5 grudnia 2018 r. (011S-KDIT1-2.4012.798.2018.1.AD) wydanej na wniosek Zamawiającego. Jednocześnie Przystępujący dołączył opinię z zakresu prawa podatkowego sporządzoną przez Kancelarię Doradztwa Podatkowego FIN-TAX. Z powyższego wynika, iż Przystępujący nie wykonał prawidłowo wezwania Zamawiającego, bowiem zobowiązany był do wskazania alternatywnie podstawy prawnej oraz faktycznej bądź interpretacji organu podatkowego. Tymczasem wskazał

wyłącznie (błędną) podstawę prawną zastosowanej stawki (rozszerzając odpowiedź na lit. d) do i) formularza ofertowego) nie wskazując podstawy faktycznej oraz odwołał się do interpretacji podatkowej udostępnionej przez Zamawiającego na stronie (intencją Zamawiającego z powyższego wezwania z pewnością nie było uzyskanie wyjaśnienia odwołującego się do interpretacji, którą Zamawiający dysponuje, tylko uzyskanie innej interpretacji organu podatkowego) i załączył opinię z zakresu podatkowego, która nie stanowi ani podstawy prawnej, ani podstawy faktycznej, ani też interpretacji organu podatkowego.

Odwołujący nie zgadza się z przyjętym w przedmiotowej opinii założeniem (stan faktyczny), iż prace saperskie wchodzą w „zakres robót” (co w ocenie Odwołującego pozostaje w sprzeczności z treścią wyjaśnień Zamawiającego) oraz ze stwierdzeniem, iż zastosowanie stawki 0% do ww. prac znajduje jednoznaczne potwierdzenie w interpretacji zamieszczonej przez Zamawiającego (gdy w treści tej interpretacji takiego potwierdzenia brak).

Zatem Przystępujący nie wykonał wezwania w sposób zgodny z jego treścią i pozwalający na uznanie wyjaśnień za należyte. Oznacza to, że nie wykazał, iż treść jego oferty nie zawiera błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Odwołującego brak jest podstawy prawnej dla zastosowania dla usług z ww. pozycji formularza ofertowego preferencyjnej stawki VAT 0%, w szczególności takiej podstawy brak jest w przepisie art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o podatku od towarów i usług. Zarówno zamieszczona przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu interpretacja przepisów prawa podatkowego (wraz z powołaniem się na uchwałę Naczelnego Sądu Administracyjnego z 11 grudnia 2017 r., sygn. akt I FPS 2/17), interpretacja indywidualna z 15 stycznia 2020 r. nr 0114-KDIP1-2.4012.726.2019.2.RD, jak również uchwała NSA z 7 czerwca 2018 r., sygn. akt: I FSK 1857/16, a także inne orzecznictwo w przedmiocie interpretacji przepisu art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o podatku od towarów i usług nie obejmują swoim zakresem ustalenia stawki podatku dla ww. usług objętych zarzutem odwołania, ograniczając się do ustalenia stawki za roboty, co nie jest przedmiotem prac objętych odwołaniem. W żadnym miejscu przedmiotowych dokumentów nie ma stwierdzenia, iż przedmiotowe usługi mają charakter usług związanych z ochroną środowiska morskiego i utrzymaniem akwenów portowych i torów podejściowych, natomiast poruszane w nich kwestie dotyczą *de facto* i *de iure* realizacji zasadniczych robót budowlanych (wyrok NSA sygn. akt I FSK 1171/16, gdzie jako podlegające opodatkowaniu stawką 0% są prace polegające na odbudowie, wyrwaniu i wywiezieniu ostróg, odtworzeniu systemu ostróg oraz wykonaniu opasek brzegowych). Interpretacja nr DPP8.8101.40.2019.WCX z 5 czerwca 2019 r., która jako jedyny jednostkowy przypadek wskazała na objęcie prac saperskich stawką podatku 0% dotyczyła sytuacji, gdzie zamawiający wprost wskazał w wyjaśnieniach do specyfikacji istotnych warunków zamówienia na związki tych prac ze środowiskiem morskim i brak było pozycji rozliczeniowych dla

poszczególnych prac w formularzu ofertowym. Tym niemniej ta interpretacja została wydana w zupełnie odmiennym stanie faktycznym i przy zupełnie odmiennym zakresie robót, więc nie może być powoływana jako przykład interpretacji mającej relewantne znaczenie dla oceny przypadku w niniejszym postępowaniu.

Preferencyjna stawka VAT, jak również przyjęcie charakteru świadczenia kompleksowego stanowi wyjątek od zasady, brak było podstaw do dokonania przez Zamawiającego rozszerzającej wykładni na bazie powyższej interpretacji podatkowej, iż wszystkie elementy poza pracami projektowymi objęte są stawką podatku VAT 0%.

Zarówno w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i projekcie umowy – załącznik nr 3 do specyfikacji przewidziano, iż rozliczenie z tytułu robót saperskich, refulacji oraz wydobycia wraz z wykonaniem utylizacji, niewybuchów i niewypałów będzie niezależne i odrębnie rozliczane względem pozostałych robót o charakterze budowlanym (pkt 18.3.6, pkt 18.3.6.1. oraz pkt 18.3.6.2., a także postanowienia § 10 pkt 1, 2, 6-8 projektu umowy). Z powyższych w sposób jednoznaczny wynika więc, że Zamawiający przewidział, iż zarówno wycena na etapie postępowania jak i rozliczenie w toku realizacji zamówienia następowało będzie odrębnie.

Ustawa o podatku od towarów i usług, w ślad za dyrektywą Rady 2006/112/WE z 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej, przewiduje zasadę odrębnego opodatkowania każdej czynności. Opodatkowanie zespołu czynności (dostaw towarów lub usług) łącznie, jako kompleksowych, winno następować wyjątkowo i tylko wówczas, gdy stanowią świadczenie złożone (kompleksowe). W przedmiotowej sprawie brak jest podstaw do przyjęcia stanowiska o kompleksowym charakterze świadczenia, czego dowodem jest treść formularza ofertowego.

Powyższe znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie sądowym (wyrok NSA z 1 czerwca 2011 r., sygn. akt I FSK 869/10): „łącząc poszczególne dostawy czy świadczone usługi w jedno świadczenie nie można zapominać, że zasadą ustawową jest oddzielność i samodzielność poszczególnych dostaw czy świadczonych usług. Rozpoznawanie odrębnych świadczeń jako jednego kompleksowego świadczenia ma więc charakter wyjątkowy”. W poglądzie Ministra Finansów w sprawie rozstrzygniętej wyrokiem NSA z 30 listopada 2016 r., sygn. I FSK 1253/14) wskazano: „Zdaniem Ministra Finansów, przy ocenie szeregu czynności wykonywanych na rzecz jednego usługobiorcy pod kątem kwalifikacji prawno-podatkowej nie można kierować się wyłącznie spojrzeniem z punktu widzenia nabywcy tych usług, gdyż w rezultacie mogłoby to prowadzić do wypaczenia istoty usług kompleksowych i wprowadzenia pełnej dowolności przy ich identyfikowaniu. O możliwości rozłącznego traktowania poszczególnych czynności wykonywanych w ramach przedmiotowej usługi może świadczyć także złożony sposób kalkulacji wynagrodzenia. Nieracjonalnym byłoby bowiem twierdzenie, że z jednej strony wydzielenie poszczególnych czynności dla celów podatkowych staje się

niemożliwe lub przybiera sztuczny charakter, natomiast nic nie stoi na przeszkodzie dokonaniu takiego podziału dla celów kalkulacji wynagrodzenia.” Kwestia ta została również dostrzeżona w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (por. KIO 718/19), gdzie zostało zajęte słuszne stanowisko, z powołaniem się na orzecznictwo TSUE, iż: „Jeżeli świadczenia można rozdzielić tak, że nie zmieni to ich charakteru ani wartości z punktu widzenia nabywcy, wówczas świadczenia takie powinny być raczej traktowane jako dwa niezależnie opodatkowane świadczenia.”

Poza tym nawet przyjęcie kompleksowego charakteru usługi nie wyklucza opodatkowania takiej czynności różnymi stawkami. W wyroku z 6 lipca 2006 r. w sprawie C-251/05 Talacre Beach Caravan Sales Ltd przeciwko Commissioners of Customs & Excise TSUE ocenił, że: „Pomimo, iż faktycznie z orzecznictwa tego wynika, iż jedna dostawa co do zasady podlega jednej stawce podatku VAT, to jednak nie sprzeciwia się ono oddzielnemu opodatkowaniu określonych składników tej dostawy, o ile tylko takie opodatkowanie będzie zgodne z warunkami, od których art. 28 ust. 2 lit. a) szóstej dyrektywy uzależnia zastosowanie zwolnień dających prawo do zwrotu zapłaconego podatku.”

W przedmiotowej sprawie Zamawiający w formularzu ofertowym w sposób ewidentny rozróżnił ceny za poszczególne pozycje (w tym pozycje objęte niniejszym odwołaniem) obligując uczestników niniejszego postępowania do wskazania ceny netto, podatku VAT oraz ceny brutto. Tym samym Zamawiający przewidział, że w poszczególnych pozycjach VAT będzie się różnił. Dowodem na powyższe jest porównanie treści interpretacji przepisów prawa podatkowego umieszczonej przez Zamawiającego na stronie internetowej z treścią formularza ofertowego załączonego do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Interpretacja dotyczy następujących pozycji z formularza ofertowego (stan faktyczny przedstawiony przez wnioskodawcę – Zamawiającego poprzez ściśle wskazanie zakresu prac, których dotyczy wnioski o interpretację): opaska brzegowa na ścianie szczelnej, opaska brzegowa narzutowa, ostrogi brzegowe, roboty czerpalno-refulacyjne nazwane jako „sztuczne zasilanie brzegu morskiego”.

Błędne było więc wskazanie przez Przystępującego w treści pisma z 29 stycznia 2020 r., iż dla spornych czynności przewidziana jest stawka 0%. Wykonawca ten dokonał daleko idącej nadinterpretacji odpowiadając Zamawiającemu, iż wszystkie pozycje, poza lit. a) formularza ofertowego, objęte są stawką VAT 0%, co rzekomo miała potwierdzać przedmiotowa interpretacja, którą uzyskał Zamawiający.

Ponadto prace saperskie nie mają charakteru zasadniczych robót budowlanych i wykonywane są przed przystąpieniem do robót budowlanych – podobnie jak prace projektowe, co w zakresie prac saperskich potwierdził dodatkowo Zamawiający w wyjaśnieniach z 27 listopada 2019 r., odpowiedź na pytanie nr 3: „Wykonanie robót saperskich nie jest robotą budowlaną i powinno być wykonane przed rozpoczęciem robót budowlanych objętych

decyzjami pozwolenia na budowę”. Dopiero po wykonaniu prac saperskich Zamawiający przewidział w programie funkcjonalno-użytkowym realizację następnego elementu – robót przygotowawczych, które przewidują wykonanie elementów zaplecza budowy czy planu demontażu, ponownego montażu bądź odtworzenia zabudowy kolidującej z realizacją przedsięwzięcia w uzgodnieniu z Zamawiającym (str. 27 PFU). Wskazuje to jednoznacznie, iż przygotowanie do wykonywania robót budowlanych nastąpi dopiero po przeprowadzeniu prac saperskich, a więc są to dwa potencjalnie odrębne przedmioty umowy. O ile bowiem przygotowanie planów dotyczących zabudowy kolidującej z realizacją przedsięwzięcia lub wykonanie elementów zaplecza budowy można potraktować jako potencjalne świadczenia wchodzące w zakres świadczenia głównego, o tyle prace saperskie w związku z wyraźnym wskazaniem Zamawiającego należy traktować jako odrębne świadczenie. Prace saperskie mogą zostać wykonane (i w praktyce są wykonywane) jako prace funkcjonalnie odrębne o zupełnie innym charakterze. Jest to o tyle celowe, iż z reguły pracami tego typu zajmują się wyspecjalizowane firmy, a nie podmioty realizujące roboty budowlane. Charakteru robót budowlanych nie mają również usługi laboratoryjne oraz czynności wydobywania wraz z wykonaniem utylizacji, niewybuchów i niewypałów, co wynika wprost z ich charakteru.

Ocena prawidłowości stawki VAT jest obowiązkiem Zamawiającego.

Należy mieć na uwadze (co wynika jednoznacznie z przedstawionej opinii Instytutu Studiów Podatkowych), iż określenie odrębnych cen za usługi, odrębne ich odbieranie wskazuje na to, iż celem oraz intencją stron było nabywanie wielu odrębnych, samodzielnych i niezależnych usług, a zatem również niezależnie rozliczanych. Jeśli same strony w ramach umowy wyodrębniły elementy składowe, a jednocześnie nie zachodzi między tymi elementami składowymi w sposób oczywisty ścisły związek – zaś w tym zakresie prace saperskie wykazują wątpliwy związek, nawet pośredni, z usługami związanymi z ochroną środowiska morskiego, gdyż nie tyle służą środowisku morskemu, ile bezpieczeństwu prac budowlanych, zaś usługi w tym zakresie nie są typową usługą przy tego rodzaju pracach, na co wskazują opisy stanów faktycznych w interpretacjach indywidualnych, gdzie poszczególne prace dotyczące zachowania brzegu morskiego poza jednym przypadkiem (gdzie był inny zakres prac), nie wymieniały prac saperskich lub podobnych, związanych z utylizacją niewybuchów i niewypałów. W tym świetle dyrektywa nakazuje przyjąć, że nie można mówić o świadczeniu kompleksowym w zakresie zamówienia objętego postępowaniem.

Już w samej ofercie i umowie doszło do wyodrębnienia wartości świadczeń składowych, co nie pozwala na stwierdzenie, iż ich rozdzielenie było sztuczne. Choć usługobiorca (Zamawiający) może dążyć do zrealizowania określonego celu gospodarczego, to jednak obiektywnie nabywa wiele odrębnych usług. Zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący (który w toku udzielonych wyjaśnień przedstawił swoją interpretację podatkową) dokonali błędnie automatycznej kwalifikacji całości świadczenia jako kompleksowego i wysunęli tezę

o opodatkowaniu całości stawką 0 % pomijając, iż jeden z elementów świadczenia – prace projektowe – jest objęty stawką 23%, co już stanowi wyłom w tej tezie, a fakt zakwalifikowania danego świadczenia jako kompleksowego nie przesądza o uznaniu, iż zastosowanie ma jedna stawka podatku VAT. Z samego więc faktu przyjęcia błędnej tezy o świadczeniu kompleksowym Zamawiający wyprowadził błędną tezę o tym, że zastosowanie ma jedna stawka VAT i pomimo braku podstaw do wykładni rozszerzającej przyjął, iż jest to stawka preferencyjna 0%. W tym kontekście Zamawiający nie spełnił wymogu prawidłowego zbadania stawki VAT w toku oceny ofert, bowiem przyjął jako punkt odniesienia interpretację podatkową nieobejmującą swoim zakresem zagadnienia, a Przystępujący nie wykazał, iż istniała po jego stronie podstawa do zastosowania stawki preferencyjnej VAT, bowiem nie przedstawił interpretacji podatkowej uzyskanej od właściwego organu, pomimo iż to na nim spoczywał ciężar wykazania właściwości zastosowanej stawki z uwagi na jej preferencyjny charakter. Potwierdzeniem powyższej podstawy faktycznej jest również stosowanie stawki 23% dla tego typu prac w innych postępowaniach prowadzonych przez Urzędy Morskie: 1. Urząd Morski w Gdyni: „Wykonanie rozpoznania saperskiego obszaru lądowego wraz z raportem dla potrzeb realizacji zaproszenie do składania ofert – wykonanie rozpoznania przedsięwzięcia budowa drogi wodnej łączącej zalew wiślany z Zatoką Gdańską”, „Oczyszczenie dna z materiałów ferromagnetycznych w tym wybuchowych w ramach projektu Modernizacja układu falochronów osłonowych w Porcie Północnym w Gdańsku”, „Wykonanie badań ferromagnetycznych wraz z raportem dla potrzeb realizacji przedsięwzięcia Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską”, „Ochrona brzegów morskich w rejonie Półwyspu Helskiego”, „Oczyszczenie dna z materiałów ferromagnetycznych w tym wybuchowych w ramach projektów Modernizacja toru wodnego do Portu Północnego w Gdańsku i Modernizacja układu falochronów osłonowych w Porcie Północnym w Gdańsku”, 2. Urząd Morski w Szczecinie: „Usunięcie niebezpiecznych obiektów z plaży i dna morza w rejonie przebudowy ostróg T w Dziwnowie”, „Usunięcie niebezpiecznych obiektów z plaży i dna morza na odcinku brzegu morskiego pomiędzy Dziwnówkiem a Dziwnowem (km 385,60-388,10)”, „Zaprojektowanie oraz wykonanie robót budowlanych i pogłębiarskich w ramach modernizacji toru wodnego Świnoujście – Szczecin do głębokości 12,5 m”, „Budowa 6 ostróg w Pobierowie (km: 376,95-377,55)” lub też brak obejmowania przedmiotem zamówienia w ramach ww. postępowań prac saperskich i następnie zlecenie ich ze stawką VAT 23%. Wspólnym mianownikiem dla powyższego jest występowanie stawki 23% niezależnie od tego, czy prace saperskie realizowane są w ramach zamówienia podstawowego, czy też oddzielnie, bowiem świadczy to o konieczności opodatkowania prac saperskich stawką 23%, nawet jeżeli mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym i dopuszczalnością oddzielenia tych prac od przedmiotu zamówienia, co świadczy o konieczności opodatkowania tych prac według odrębnych zasad niż to wynika dla zasadniczego przedmiotu świadczenia. Okoliczność, iż

prace saperskie nie zawsze stanowią element realizacji prac dotyczących ostróg oraz opasek brzegowych wskazuje jednoznacznie, iż połączenie ich w postępowaniu przez Zamawiającego ma charakter czysto organizacyjny i nie stanowi świadczenia kompleksowego. W zamówieniu na „Usunięcie niebezpiecznych obiektów z plaży i dna morza na odcinku brzegu morskiego pomiędzy Dziwnówkiem a Dziwnowem (km 385,60-388,10)” w postanowieniu § 3 ust. 1 wzoru umowy wprost wskazana została stawka VAT 23%. W postępowaniu tym ofertę złożyło Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o., co świadczy o tym, że prace te można oddzielić oraz o świadomości wykonawcy, iż winny zostać one opodatkowane stawką 23%. W postępowaniach na „Oczyszczenie dna z materiałów ferromagnetycznych w tym wybuchowych w ramach projektu Modernizacja układu falochronów osłonowych w Porcie Północnym w Gdańsku” i „Przebudowę ostróg typu T w miejscowości Dziwnów w km: 388,50*389,00” i „Ochrona brzegów morskich w rejonie Półwyspu Helskiego” prace saperskie nie były objęte przedmiotem zamówienia, pomimo iż zakres robót budowlanych był tożsamy z zakresem objętym niniejszym postępowaniem.

W postępowaniu ogłoszonym 27 lutego 2020 r. na realizację prac pn. „Roboty czerpalno-refulacyjne na terenie administrowanym przez Urząd Morski w Słupsku – miejscowość Łeba w ilości szacunkowej 36 000 m³ w 2020 roku” Zamawiający we wzorze umowy dla usług laboratoryjnych (postanowienie § 7 ust. 3) przewidział stawkę VAT 23%, pomimo że dla pozostałych prac została przewidziana stawka VAT 0%. Tożsame warunki Zamawiający wskazał w ogłoszonym 27 lutego 2020 r. postępowaniu na realizację prac pn. „Roboty czerpalno-refulacyjne na terenie administrowanym przez Urząd Morski w Słupsku – miejscowość Ustka w ilości szacunkowej 78 000 m³ w 2020 roku”. W postępowaniu prowadzonym przez Urząd Morski w Szczecinie „Budowa opaski brzegowej w Pogorzeliczy km 364,30-364,48 i 364,52-365,48” zamawiający nie przewidział prac saperskich, co jednoznacznie świadczy o możliwości ich oddzielenia.

Powyższe nastąpiło już po otrzymaniu przez Zamawiającego wyjaśnień Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu, co świadczy o świadomości Zamawiającego, iż usługi laboratoryjne można oddzielić od zasadniczego przedmiotu zamówienia i prawidłowa oferta dla usług laboratoryjnych (refulacja) powinna zawierać stawkę VAT 23%. Podobny przypadek był już rozpatrywany przez Krajową Izbę Odwoławczą (wyrok KIO 503/16): „W sytuacji gdy na rynku istnieją firmy zajmujące się wyłącznie pracami czerpalnymi, jak i firmy zajmujące się wyłącznie usługami z zakresu badań gruntu, to należy przyjąć, że świadczenia te, w aspekcie ekonomicznym, teoretycznie mogłyby być zlecone samodzielnie i mogłyby zostać zrealizowane niezależnie (...) Wykonywanie usług pomiarowych w celu przeprowadzenia badań uziarnienia wydobytego materiału, nie ma na celu utrzymania akwenów portowych i torów podejściowych w odpowiednim stanie i nie jest związane z ochroną środowiska morskiego.” W ocenie Izby charakter samoistny mogą mieć zarówno prace czerpalno-

refulacyjne, jak i prace związane z pomiarem poziomu uziarnienia (czyli usługi laboratoryjne). Izba przyjęła założenie, iż kompleksowy charakter świadczeń stanowi wyjątek od zasady, a świadczenia w postaci badań oraz prac czerpalno-refulacyjnych nie są ze sobą tak silnie powiązane, aby ich ewentualnie wyodrębnienie jako niezależnych od siebie czynności miało charakter sztuczny. Skoro więc badanie urobku z prac czerpalno-refulacyjnych nie ma powiązania świadczącego o kompleksowym charakterze świadczenia, to tym bardziej brak takiego związku z realizacją robót budowlanych (zważywszy dodatkowo, że w niniejszym przypadku badania te będą wykonywane przed przystąpieniem do realizacji tych robót). Prace laboratoryjne nie mogą służyć ochronie środowiska morskiego.

Poszczególne prace mogły zostać oddzielone, czemu wyraz dał Zamawiający w dokumencie pn. „Protokół postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego”, gdzie w punkcie 2. wskazał on, iż jednym z powodów braku podziału zamówienia na części jest uniknięcie ewentualnych przyszłych sporów co do zakresu odpowiedzialności różnych wykonawców powstałych w obszarze styku prowadzonych robót. Wskazuje to jednoznacznie, iż celem Zamawiającego była dbałość o interes Skarbu Państwa, a nie konieczność realizacji zamówienia jako jednego świadczenia kompleksowego z uwagi na jego charakter. Ponadto w treści programu funkcjonalno-użytkowego (str. 7) Zamawiający wskazał, iż jednym z celów (a więc brak jest jednego celu, którym rzekomo miałyby być ochrona brzegów morskich) jest zapewnienie bezpieczeństwa zarówno mieszkańcom, jak i turystom przebywającym w Mielnie. Drugi ze wskazanych powodów braku podziału świadczenia, tj. wpuszczenia na przekazany teren budowy innego wykonawcy i innego kierownika budowy – nie stanowi problemu formalnego na gruncie przepisów prawa i jest to spotykane podczas realizacji inwestycji.

Należny podatek VAT, stanowiący zobowiązanie publicznoprawne podatnika względem Skarbu Państwa, nie jest przedmiotem cywilnoprawnego zobowiązania ofertowego wykonawcy względem Zamawiającego. Strony nie umawiają się bowiem o to, jaki podatek zostanie naliczony i odprowadzony na rzecz Skarbu Państwa – powyższe, niezależnie od woli stron, przesądzą bezwzględnie obowiązujące przepisy podatkowe. Stawka VAT podana w ofercie nie ma żadnego znaczenia prawnego dla powstania, wysokości i egzekucji zobowiązań podatkowych. Stąd istotne jest wskazanie prawidłowej stawki VAT, bowiem po stronie Zamawiającego istnieje możliwość odliczenia przedmiotowego podatku, a to oznacza, iż wskazanie tej stawki w nieprawidłowej wysokości będzie miało swoje konsekwencje w dokumentacji podatkowej prowadzonej przez Zamawiającego, gdzie nie ma znaczenia treść oferty wykonawcy, lecz obowiązujące przepisy prawa. Nie można przyjąć, iż stawka VAT zawarta w ofercie wykonawcy i stawka VAT przyjęta do rozliczenia z organami podatkowymi w toku realizacji zamówienia będzie się różnić.

Potwierdzeniem powyższego stanowiska jest również załączona do odwołania opinia podatkowa sporządzona przez prof. W. M. z Instytutu Studiów Podatkowych, która wprost

wskazuje na ryzyko podatkowe związane ze stosowaniem stawki podatkowej 0% dla spornych prac, objawiające się koniecznością wystąpienia o wiążącą informację stawkową. Stwierdza ona również o braku jakiegokolwiek waloru zabezpieczającego interpretacji podatkowej uzyskanej przez Zamawiającego. W opinii tej zwrócono też uwagę, iż wyodrębnienie cenowe, fakturowe, umowne może wskazywać na zamiar i cel stron czynności. Wynika z tego, iż określenie odrębnych cen za usługi i odrębne ich odbieranie wskazuje, iż zgodnym celem stron było nabywanie wielu odrębnych, samodzielnych i niezależnych usług. Kolejna kwestia, na którą słusznie zwrócono uwagę w tej opinii, to okoliczność, iż świadczenie kompleksowe nie może powodować uprzywilejowania ani dyskryminacji podatnika wobec innych podmiotów uczestniczących w obrocie.

Oferty, dla których w tych samych okolicznościach faktycznych i prawnych zastosowano różne stawki VAT, są nieporównywalne, stąd ustalenie prawidłowej stawki VAT jest istotne dla zachowania zasady równego traktowania wykonawców. Oferta, w której zastosowana została nieprawidłowa stawka VAT zawiera błąd w obliczeniu ceny niepodlegający poprawieniu i skutkujący koniecznością odrzucenia jej przez Zamawiającego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, choćby w jednej pozycji. Warunkiem koniecznym ustalenia ziszczenia się podstawy odrzucenia oferty jest stwierdzenie, że doszło do popełnienia przez wykonawcę tego rodzaju błędu, który skutkuje tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. Wymaga to zatem stwierdzenia, iż odmiennosc sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna, gdyby wykonawca ściśle zastosował się do sposobu obliczenia ceny wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Dla oceny, że doszło do wystąpienia błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie ma znaczenia, czy przyjęcie nieprawidłowej stawki VAT było zachowaniem zamierzonym przez uczestnika postępowania, czy też nie miało takiego charakteru. Nawet w sytuacji, w której obliczenie w ofercie ceny dokonane z zastosowaniem nieprawidłowej stawki VAT nie było elementem świadomej manipulacji ze strony wykonawcy, a tylko rezultatem błędnej interpretacji przepisów określających stawki tego podatku, to i tak nie uchyla to wystąpienia błędu w obliczeniu ceny. Wystąpienie błędu oceniać należy w kategoriach obiektywnych, a więc niezależnych od zawinienia czy motywów zachowania danego uczestnika postępowania przy kształtowaniu treści oferty. Ustawowy obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny zakłada wolę ustawodawcy zapewnienia stanu porównywalności ofert, z uwzględnieniem reguł uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami zabiegającymi się o uzyskanie zamówienia publicznego. Realizację tego założenia ustawodawcy zaburzałoby dokonywanie oceny ofert, w których ceny oferowane za wykonanie tej samej usługi byłyby skalkulowane z uwzględnieniem różnych stawek VAT.

Co do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący wskazał, że Zamawiający niezasadnie zaniechał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej na skutek nieuwzględnienia całego przedstawionego w ofercie Odwołującego doświadczenia projektanta (kryterium oceny ofert doświadczenie projektanta „DP”) w sytuacji, gdy całe przedstawione przez Odwołującego doświadczenie projektanta spełnia wymogi uzasadniające przyznanie maksymalnej punktacji w tym kryterium na poziomie 15 punktów w miejsce przyznanych 10 punktów, co powinno skutkować podjęciem przez Zamawiającego czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, w efekcie czego dokonał on naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednocześnie powyższym zaniechaniem Zamawiający dokonał naruszenia postanowień 19.4.4 d) oraz 19.4.4.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający nie uzasadnił w żaden sposób swojej czynności przyznania punktacji w sensie faktycznym ani prawnym w tym zakresie (wbrew brzmieniu art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), co w zasadzie daje bardzo ograniczone możliwości, czy wręcz uniemożliwia Odwołującemu odniesienie się w sposób merytoryczny do motywów działania Zamawiającego, a więc stanowi to istotne ograniczenie możliwości kwestionowania w drodze zarzutów czynności Zamawiającego w tym zakresie.

Zamawiający w toku postępowania przewidział w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (modyfikacja z 15 listopada 2019 r.) m.in. następujące pozacenowe kryterium oceny ofert – doświadczenie projektanta (DP) – pkt 19.4.4: doświadczenie projektanta w opracowaniu projektów budowlano-wykonawczych w zakresie budowy lub przebudowy morskiej budowli hydrotechnicznej (DP) – ocenie zostanie poddane wskazane przez wykonawcę w formularzu oferty – załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zamówienia, o której mowa w pkt 7.23.4. lit. d). Maksymalna liczba punktów – 15. Punkty zostaną przyznane według następujących zasad:

- a) doświadczenie projektanta w opracowaniu do 2 projektów budowlano- wykonawczych bez względu na wartość lub projektów w rozumieniu pkt 19.4.4.1. – w zakresie budowy lub przebudowy morskiej budowli hydrotechnicznej bądź brak wskazanego doświadczenia – 0 pkt,
- b) doświadczenie projektanta w opracowaniu minimum 3 projektów budowlano- -wykonawczych w rozumieniu pkt 19.4.4.1. w zakresie budowy lub przebudowy morskiej budowli hydrotechnicznej – 5 pkt,
- c) doświadczenie projektanta w opracowaniu minimum 5 projektów budowlano- -wykonawczych w rozumieniu pkt 19,4.4.1. w zakresie budowy lub przebudowy morskiej budowli hydrotechnicznej – 10 pkt,

d) doświadczenie projektanta w opracowaniu minimum 7 projektów budowlano-wykonawczych w rozumieniu pkt 19.4.4.1. w zakresie budowy lub przebudowy morskiej budowli hydrotechnicznej – 15 pkt.

Wszystkie z dziewięciu przedstawionych projektów poświadczających doświadczenie zawodowe projektanta, o których mowa w pkt 4 formularza ofertowego – tabela, spełniają wymagania zawarte w pkt 19.4.4 SIWZ, tj. są to projekty budowlano-wykonawcze w zakresie budowy lub przebudowy morskiej budowli hydrotechnicznej (zgodnie z definicją projektu wskazaną przez Zamawiającego w pkt 19.4.4.1 SIWZ), co Odwołujący potwierdził Zamawiającemu wyjaśnieniami z 29 stycznia 2020 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień z 24 stycznia 2020 r. W treści wezwania Zamawiającego z 24 stycznia 2020 r. zobowiązał on Odwołującego na podstawie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do: 1) wskazania, czy wymienione przez Odwołującego w formularzu ofertowym projekty spełniają wymóg postawiony przez Zamawiającego, tj. czy są to projekty budowlano-wykonawcze w zakresie budowy lub przebudowy morskiej budowli hydrotechnicznej (na przedmiotowe pytanie Odwołujący odpowiedział twierdząco), 2) wyjaśnienia zakresu i treści wskazanych w formularzu ofertowym w pkt 4. projektów zgodnie z wymogami rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Odwołujący wyjaśnił, iż zakres i treść wszystkich projektów pozwalał na zrealizowanie inwestycji, dla których zostały sporządzone). Zamawiający nie wniósł uwag do powyższych wyjaśnień, przez co należy stwierdzić, iż zostały one przyjęte bez uwag. Ponadto Odwołujący potwierdził Zamawiającemu, iż są to projekty spełniające warunki określone w rozporządzeniu Ministra infrastruktury z dnia 2 września 2004 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego. Jednocześnie Odwołujący potwierdził, iż powyższe projekty spełniają wymogi wynikające z 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.

Przy czym należy mieć na uwadze, iż przepisy prawa nie zawierają definicji legalnej projektu budowlano-wykonawczego. Znajduje to potwierdzenie w eksperckiej opinii, która stanowi załącznik do odwołania.

Zarówno ich treść, jak i zakres projektów przedstawionych Zamawiającemu przez Odwołującego, pozwalał na zrealizowanie inwestycji, które zostały wskazane w punkcie 4. formularza ofertowego, tj.:

- 1) Projekt Nabrzeża Uniwersalnego Terminalu Przeładunkowego w Porcie w Elblągu, roboty wykonane, budowle: rampa ro-ro, 190 m Nabrzeża przeładunkowego – zakres i treść obejmowała projekt budowlany oraz projekt wykonawczy,
- 2) Projekt Portu Rybackiego w Garabulli w Libii (Garabulli Fishing Harbour, Libya – Design – Marine works), roboty wykonane, budowle: port i falochrony ze stanowiskami dla łódek rybackich – zakres i treść obejmowała projekt budowlany oraz projekt wykonawczy,
- 3) Projekt stanowiska ro-ro w Narożniku Nabrzeża Czechosłowackiego i Nabrzeża Stanów Zjednoczonych wraz z remontem Nabrzeży w Porcie Gdynia, budowle: remont nabrzeża, stanowisko ro-ro wraz z rampą – zakres i treść obejmowała projekt budowlany oraz projekt wykonawczy,
- 4) Projekty Baz NATO w Gdyni, roboty wykonane, budowle: nabrzeże i pomosty, zakres i treść obejmowała projekt wykonawczy,
- 5) Projekt przebudowy Nabrzeża Północnego w Basenie X w Bazie Morskiej Gdynia, roboty wykonane Budowla: nabrzeże – zakres i treść obejmowała projekt wykonawczy,
- 6) Projekt głębokowodnego kolektora odprowadzającego ścieki z oczyszczalni Dębogórze, roboty wykonane, budowla: Kolektor głębokowodny – zakres i treść obejmowała projekt budowlany oraz projekt wykonawczy,
- 7) Morski terminal przeładunkowy produktów ropopochodnych na Martwej Wiśle wraz z instalacjami technologicznymi i pomocniczymi na terenie GRUPY LOTOS S.A. w Gdańsku, projekt w części hydrotechnicznej obejmował: nabrzeże z wyposażeniem, pomost przeładunkowy, dalby cumownicze, roboty czerpalne – zakres i treść obejmowała projekt budowlany oraz projekt wykonawczy,
- 8) Projekt dwóch staw nawigacyjnych na torze podejściowym Północnym do Świnoujścia na Zatoce Pomorskiej, roboty wykonane, budowle: dwie stawy nawigacyjne na torze podejściowym – zakres i treść obejmowała projekt budowlany oraz projekt wykonawczy,
- 9) Modernizacja toru wodnego Świnoujście – Szczecin do głębokości 12,5 m. Przebudowa obrotnicy Orli Przesmyk wraz z infrastrukturą hydrotechniczną, budowle: umocnienia skarpy brzegowej nabrzeża – zakres i treść obejmowała projekt budowlany.

Oznacza to, że powyższe projekty spełniały właściwe dla nich wymogi wynikające z przepisów prawa, więc nie ma podstaw, aby ich walor był kwestionowany przez Zamawiającego. Do swoich wyjaśnień Odwołujący załączył oświadczenie spółki Antea Polska S.A. z 29 stycznia 2020 r. potwierdzające spełnianie przez wszystkie 9 projektów wymogów z punktu 19.4.4 lit. d) specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący dysponuje też oświadczeniem projektanta bezpośrednio sporządzającego przedmiotowe projekty (p. A. Z.), które potwierdza, iż wszystkie 9 projektów spełnia wymogi z punktu 19.4.4 specyfikacji. Projektant, który bezpośrednio realizował projekty, które są następnie przedstawiane jako jego doświadczenie, jest w stanie ocenić, czy dane projekty spełniają wymogi. Nie ulega więc wątpliwości, iż

interpretacja dokonana przez projektanta jest najbardziej miarodajna, ponieważ ma on świadomość, jakie elementy zawiera dany projekt i czy podpada on pod definicję przedstawioną przez Zamawiającego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepisy prawa nie przewidują definicji ani pojęcia projektu budowlano-wykonawczego. Jego rozumienie powinno więc być w pierwszej kolejności odczytywane zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Według Odwołującego Zamawiający wprowadził definicję projektu budowlano-wykonawczego w punkcie 19.4.4.1 (modyfikacja z 15 listopada 2019 r. poprzez umieszczenie definicji tego pojęcia wraz ze zmianą wymogów dotyczących doświadczenia). Zgodnie z jej brzmieniem przez projekt w rozumieniu punktu 19.4.4 rozumie się projekt o wartości minimum 300.000,00 zł brutto (przy czym wartość projektu rozumiana jest jako cena za wykonanie tego projektu, zgodnie umową na usługę, którego projekt dotyczy), a także projekt, na podstawie którego wykonano robotę budowlaną (budowy lub przebudowy) w wartości nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto – każda budowa liczona dla każdego projektu. W punkcie 19.4.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia mowa jest o projekcie budowlano-wykonawczym rozumianym jako jeden projekt (wynika to wprost z wykładni literalnej powyższego zapisu).

Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 1 i 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego należy rozróżnić projekt budowlany od projektu wykonawczego. Zgodnie z tym przepisem dokumentacja projektowa jest pojęciem szerszym niż tylko obejmująca projekt budowlany i projekt wykonawczy, gdyż zgodnie z postanowieniem § 4 ust. 1 rozporządzenia dokumentacja projektowa służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których wymagane jest uzyskanie pozwolenia na budowę, składa się w szczególności z: 1) projektu budowlanego w zakresie uwzględniającym specyfikę robót budowlanych, 2) projektów wykonawczych w zakresie, o którym mowa w § 5 rozporządzenia, 3) przedmiaru robót w zakresie, o którym mowa w § 6 rozporządzenia, 4) informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, w przypadkach, gdy jej opracowanie jest wymagane na podstawie odrębnych przepisów.

Z powyższego wynika więc, że w pkt 19.4.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez projekt budowlano-wykonawczy nie należy rozumieć dokumentacji projektowej według pojęcia wskazanego w rozporządzeniu. Ponadto za rozumieniem powyższego zapisu punktu 19.4.4.1 jako definicji projektu budowlano-wykonawczego przemawia użycie przez Zamawiającego sformułowania „projektów budowlano-wykonawczych w rozumieniu pkt 19.4.4.1”, a nie projektów budowlano-wykonawczych „o wartości wskazanej w pkt 19.4.4.1”.

Świadczy to niewątpliwie, iż Zamawiający w punkcie 19.4.4.1 dokonał zdefiniowania pojęcia projektu wskazując wyraźnie na sposób jego rozumienia – w przeciwnym wypadku wprost

odwołałby się do wartości projektu. Co więcej, Zamawiający wprost wskazał w treści powyższej definicji, iż wartość 5.000.000,00 zł brutto liczy się dla każdego projektu odrębnie oraz że chodzi o projekt, na podstawie którego wykonano roboty budowlane, a więc może to być zarówno projekt budowlany, na podstawie którego uzyskano decyzję o pozwoleniu na budowę, jak również projekt wykonawczy, który również stanowi element dokumentacji projektowej, na podstawie której realizuje się roboty budowlane.

Formularz ofertowy nie wprowadzał żadnych modyfikacji lub uszczegółowień w zakresie rozumienia pojęcia projekt budowlano-wykonawczy.

Wszelkiego rodzaju nieścisłości specyfikacji istotnych warunków zamówienia winny być interpretowane w taki sam sposób na korzyść wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie. Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może być „uzupełniana” w wyniku nadinterpretacji postanowień nieznaną swojej literalnego wydźwięku w dokumentacji postępowania, którą ze względu na zasadę pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy traktować ściśle jako jedyne źródło praw i obowiązków uczestników tego postępowania.

Obowiązek precyzyjnego sformułowania zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym zapisów dotyczących kryteriów oceny ofert oraz sposobu oceny ofert leży w sferze obowiązków Zamawiającego. Na etapie oceny ofert Zamawiający nie może odstąpić od przyjętego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposobu oceny ofert w świetle kryteriów, czy też nakładać na wykonawców dodatkowych obowiązków niewynikających wprost ze specyfikacji.

Gdyby celem Zamawiającego było, aby w ramach pojęcia projektu budowlano-wykonawczego mieściło się doświadczenie w postaci wykonania dwóch projektów: budowlanego i wykonawczego, to użyłby liczby mnogiej („projekty”) lub odwołałby się do pojęcia dokumentacji projektowej (projekt budowlany i wykonawczy).

Okoliczność, iż Przystępujący nie wykazał doświadczenia projektanta w zakresie projektów: projekty Baz NATO w Gdyni, projekt przebudowy Nabrzeża Północnego w Basenie X w Bazie Morskiej Gdynia i modernizacja toru wodnego Świnoujście – Szczecin do głębokości 12,5 m. Przebudowa obrotnicy Orli Przesmyk wraz z infrastrukturą hydrotechniczną świadczy wyłącznie o niewłaściwym zrozumieniu przez wykonawcę kryteriów oceny ofert z punktu 19.4.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co nie mogło stanowić podstawy do uznania, iż powyższe projekty nie mogły zostać uwzględnione w doświadczeniu Odwołującego. Na dowód powyższego Odwołujący przedstawił Zamawiającemu stosowne oświadczenie spółki Antea Polska S.A., na którego zasobach Odwołujący polega, które w sposób bezsporny i jednoznaczny potwierdza stanowisko Odwołującego. Zamawiający nie zapoznał się z treścią tych projektów, nie mógł więc bazować na innym dowodzie niż oświadczeniu podmiotu, który zrealizował te projekty.

Pomimo więc, iż złożone przez Odwołującego wyjaśnienia w sposób niepodważalny potwierdzają istnienie podstaw do przyznania przez Zamawiającego maksymalnej punktacji przy doświadczeniu projektanta, Zamawiający w sposób całkowicie dowolny i niezasadny obniżył punktację przyznaną w tym zakresie ofercie Odwołującego.

Co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący wskazał, że skutkiem powyższych naruszeń jest naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na nierównym traktowaniu wykonawców w postępowaniu oraz przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji, proporcjonalności i przejrzystości, polegające na wyborze niezgodnie z przepisami oferty Przystępującego i na ocenie oferty Odwołującego w sposób niezgodny z przyjętym pozacenowym kryterium oceny ofert.

Co do zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący wskazał, że uniemożliwia mu to ocenę prawidłowości i weryfikację czynności oceny ofert przez Zamawiającego, bowiem z dokumentacji postępowania w żaden sposób nie wynika, dlaczego Zamawiający nie przyznał Odwołującemu 15 punktów. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania (...), a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację (...) podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 2 marca 2020 r. nie zawiera uzasadnienia prawnego ani faktycznego skorygowania (w stosunku do rankingu ofert w informacji z otwarcia ofert z 15 stycznia 2020 r.) doświadczenia Odwołującego w kryterium pozacenowym – doświadczenie projektanta (DP). Zamawiający ograniczył się w zasadzie jedynie do stwierdzenia, iż wyboru oferty najkorzystniejszej dokonał na podstawie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w jakiej ilości punkty zostały przyznane oferentom bez wskazania, dlaczego Odwołujący nie otrzymał kompletu maksymalnej punktacji, pomimo iż przedstawił doświadczenie uzasadniające przyznanie takiej punktacji i składał wyjaśnienia w tym zakresie. „Protokół postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego” również nie zawiera uzasadnienia prawnego ani faktycznego dla przyznanej punktacji.

Czynność Zamawiającego miała kolosalne znaczenie dla sytuacji prawno-faktycznej Odwołującego, gdyż Odwołujący nie może wprost podnosić zarzutów odnośnie tej czynności, a czyni powyższe jedynie przewidując, dlaczego Zamawiający postąpił w taki sposób. Nie jest zadaniem uczestnika postępowania domyslanie się intencji Zamawiającego, lecz to na

Zamawiającym spoczywa obowiązek rzetelnego i zupełnego wyjaśnienia okoliczności, podania uzasadnienia faktycznego, według jakich przesłanek i na jakiej podstawie Zamawiający przyznał oferentowi określoną liczbę punktów, w tym – jakie doświadczenie zaliczył do punktacji, a jakiego doświadczenia nie uwzględnił i dlaczego.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości. Nie przedstawił uzasadnienia faktycznego swojego stanowiska ani w formie pisemnej, ani podczas rozprawy, na której nie był obecny.

III Stanowisko Przystępującego

Przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o. o., Przedsiębiorstwo Robót Czerpalnych i Podwodnych Sp. z o.o. oraz WMW M. P. i W. P. Sp. Jawna, którzy wnieśli sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w całości i wnieśli o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Przystępujący wskazał – w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, że jest on bezpodstawny.

Przystępujący w całości zastosował się do wezwania Zamawiającego z 24 stycznia 2020 r., w którym Zamawiający zwrócił się o wskazanie podstawy prawnej oraz faktycznej uzasadniającej zastosowanie stawki VAT 0% bądź interpretacji organu podatkowego. Użycie przez Zamawiającego oznaczenia „bądź” należy rozumieć jako alternatywę rozłączną, a więc Zamawiający nie żądał od Przystępującego wszystkich tych elementów, lecz alternatywnie wskazania podstawy prawnej i faktycznej uzasadniającej zastosowanie stawki 0% albo wskazania interpretacji organu podatkowego. Zamawiający nie zażądał też dostarczenia interpretacji organu podatkowego wydanej na wniosek Przystępującego. Wezwanie Zamawiającego dotyczyło każdej interpretacji organu podatkowego „pozwalającej na stosowanie stawki zerowej”. Przystępujący udzielił odpowiedzi pismem z 29 stycznia 2020 r., do którego dołączona została opinia podatkowa sporządzona przez Kancelarię Doradztwa Podatkowego FIN-TAX B. Jakobschy, która dotyczyła odpowiedzi na pytanie Zamawiającego zawarte w wezwaniu i która stanowiła element odpowiedzi.

W piśmie oraz w opinii podatkowej Przystępujący wskazał Zamawiającemu zarówno podstawę prawną (art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o podatku od towarów i usług), jak i podstawę faktyczną, uzasadniającą zastosowanie stawki VAT 0%. Ponieważ pytanie Zamawiającego dotyczyło z istoty zdarzenia przyszłego – wykonanie i opodatkowanie wynagrodzenia wynikającego z przyszłej umowy – stan faktyczny sprowadzał się do wskazania treści pytania Zamawiającego oraz warunków prawnych i faktycznych wynikających z projektowanej umowy, a więc podania obowiązujących w niniejszym postępowaniu dokumentów przetargowych, co wyczerpuje wskazanie podstawy faktycznej. W odpowiedzi wskazano również interpretacje

organów podatkowych. Zamawiający nie wymagał od Przystępującego, aby ten doręczył interpretację podatkową wydaną na jego wniosek, a mając na uwadze krótki okres na udzielenie odpowiedzi, uzyskanie takiej interpretacji byłoby niemożliwe.

Wbrew zarzutom odwołania, przy realizacji zamówienia publicznego objętego niniejszym postępowaniem przepis art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o podatku od towarów i usług stanowi podstawę zastosowania stawki VAT wynoszącej 0% również w stosunku do robót w postaci robót saperskich, wykonania refulacji, wydobycia wraz z utylizacją niewybuchów. Zgodnie z przepisem art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy 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. Za punkt wyjścia oceny należy przyjąć wykładnię tego przepisu przyjętą w uchwale 7 Sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 11 grudnia 2017 r., sygn. akt I FPS 2/17, zgodnie z którą usługi służące zachowaniu w stanie niepogorszonym już istniejących brzegów morskich i ich zabezpieczeniu przed dalszym zniszczeniem, są usługami związanymi z ochroną środowiska morskiego, do których ma zastosowanie przewidziana w tym przepisie stawka wynosząca 0%. W uzasadnieniu uchwały NSA podkreślił, że decydujący dla zastosowania stawki VAT 0% jest cel usługi, a więc usługi mające za cel ochronę wód morskich rozumianych jako woda, dno morskie i skała macierzysta wraz z ekosystemem. NSA wprost wskazał, że takie usługi (czynności), jak budowanie ostróg, progów morskich i refulacja plaż mieszczą się w pojęciu działań dotyczących środowiska morskiego.

Odwołujący odwołał się w odwołaniu do tzw. świadczenia kompleksowego. Również dołączona do odwołania opinia prawnopodatkowa prof. W. M. w zasadniczej części odwołuje się do kwestii tzw. usługi kompleksowej. Opinia ta nie zawiera oceny, że oferta Przystępującego zawiera błędną stawkę VAT. Dogłębna analiza opinii dokonana z uwzględnieniem analizy treści dokumentacji postępowania przetargowego wykazuje, że przedmiotem zamówienia i przedmiotem przyszłej umowy zawartej jest tzw. usługa kompleksowa związana z ochroną środowiska morskiego, utrzymaniem akwenów portowych i torów podejściowych. Należy zgodzić się z tą opinią, że mamy do czynienia z usługą kompleksową w sytuacji, gdy poszczególne świadczenia nie są od siebie niezależne, to jest w sytuacji, gdy jedno lub więcej ze świadczeń stanowi świadczenie główne, a inne mają charakter świadczeń pomocniczych. W takim przypadku świadczenia pomocnicze dzielą los podatkowy świadczenia głównego. Zgodzić się również należy, że sposoby fakturowania i taryfikacji mogą dostarczać wskazówek w odniesieniu do jednolitego świadczenia, jednakże nie przybierają rozstrzygającego znaczenia.

Odwołujący uzasadnia swoje stanowisko co do konieczności zastosowania stawki 23% zasadniczo wyłącznie tym, że projekt umowy w sprawie wykonania zamówienia publicznego

zakłada odrębne rozliczenie za wydobycie niewybuchów i niewypałów oraz za roboty czerpalno-refulacyjne (§ 10 ust. 6 i 7) oraz tym, że zgodnie z udzieloną przez Zamawiającego odpowiedzią, powyższe czynności nie są robotami budowlanymi. Jednakże powyższe nie ma znaczenia rozstrzygającego dla uznania, czy mamy do czynienia z usługą kompleksową, czy z odrębnymi świadczeniami, jak też dla zastosowania przepisu art. 83 ust. 1 pkt 11 stawki podatku od towarów i usług. Decydujące znaczenie ma określenie przedmiotu zamówienia (przedmiotu umowy). Zgodnie z preambułą umowy zamówienie dotyczy realizacji programu ochrony środowiska. Zgodnie z postanowieniami §1 ust. 1 i 2 umowy, przedmiotem zamówienia (umowy) jest kompleksowe wykonanie inwestycji pn. Przebudowa wraz z rozbudową istniejącego systemu umocnień brzegowych na wysokości miejscowości Mielno. Zgodnie z postanowieniami §1 ust. 6 umowy, w skład tak ujętego, kompleksowego świadczenia wchodzi m.in. wykonanie prac saperskich. Postanowienia §1 umowy jednoznacznie wykazują zatem, że przedmiotem zamówienia jest jedno kompleksowe świadczenie związane z ochroną brzegu morskiego, w skład którego wchodzi wiele różnych czynności. Zgodnie z postanowieniami §8 ust. 2 umowy odbiorowi końcowemu podlegają wszystkie roboty składające się na przedmiot umowy, a więc wykonane przez wykonawcę świadczenie kompleksowe. Tak zwane odbiory częściowe nie mają na celu odbioru świadczenia, a jedynie służą prowadzeniu bieżących rozliczeń (§ 8 ust. 2 pkt 1 umowy). Postanowienia regulujące odpowiedzialność z tytułu gwarancji i rękojmi (§ 9 umowy) również dotyczą niepodzielnie całego kompleksowego świadczenia, a nie odrębnych pojedynczych świadczeń. Analogiczne postanowienia odwołujące się do kompleksowego świadczenia zostały zawarte w postanowieniach punktu 2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Opis przedmiotu zamówienia).

Nie budzi zatem wątpliwości, że przedmiotem zamówienia jest jedno kompleksowe świadczenie mające na celu ochronę środowiska morskiego, a poszczególne świadczenia wchodzące w skład zamówienia, w tym wykonanie robót saperskich, wykonanie refulacji, wydobycie wraz z utylizacją niewybuchów, mają charakter świadczeń pomocniczych. Analiza postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz projektu umowy w sposób nie budzący wątpliwości wykazuje, że wykonanie robót saperskich, wykonanie refulacji, wydobycie niewybuchów, jest związane z realizacją zamówienia (świadczenia głównego) i jest konieczne do realizacji świadczenia głównego. Zamawiający nie podjąłby decyzji o wykonaniu usług saperskich, czy też refulacji, gdyby nie decyzja Zamawiającego o realizacji całego zamówienia publicznego. Dokonując tej oceny należy uwzględnić treść Interpretacji Indywidualnej, jaka została wydana na rzecz Zamawiającego 5 grudnia 2018 r. nr 0115-KDITI-2.4012.798.21018.1.AD. Podając stan faktyczny Zamawiający oznaczył, że przedmiotem i celem zamówienia jest wykonanie prac mających na celu ochronę środowiska morskiego, a w skład tych prac wchodzić będzie szereg różnych czynności. Zamawiający wskazał, że

jedną z takich czynności jest refulacja, oznaczając jednocześnie, że wielkość refulatu nie jest znana, a w związku z dynamicznymi zmianami linii brzegowej, szacunkowe wielkości refulatu mogą się znacząco zwiększyć. Dla kwalifikacji usługi jako kompleksowej nie jest wyznacznikiem kryterium zakwalifikowania świadczeń pomocniczych jako robót budowlanych. W praktyce mogą wystąpić zatem różne konfiguracje usług o zupełnie różnym charakterze, co nie wyłącza możliwości ich zakwalifikowania w ramach usługi kompleksowej. O kompleksowości prac saperskich (jako świadczenia pomocniczego) oraz robót budowlanych (jako świadczenia głównego) może świadczyć również przyporządkowanie tych prac zasadniczemu świadczeniu, jakim jest wykonanie robót budowlanych. Jak wiadomo, występowanie niewybuchów jest okolicznością niewiadomą, jednakże w przypadku napotkania niewybuchów, ich usunięcie jest immanentnie związane z realizacją robót i całego zamówienia.

Błędnie twierdzi Odwołujący, że ustalenie przez Zamawiającego w postanowieniach § 10 ust. 6 i 7 umowy odrębnego wynagrodzenia za wykonanie prac saperskich oraz czynności refulacyjnych oznacza konieczność opodatkowania tych czynności stawką 23%. Postanowienia § 10 ust. 6 i 7 umowy nie oznaczają, że nie mamy do czynienia z usługą kompleksową, a stanowią wyłącznie przyjęcie modelu wynagrodzenia ryczałtowo-kosztorysowego. W postanowieniach § 10 ust. 1 umowy Zamawiający zastrzegł, że wynagrodzenie ryczałtowe nie obejmuje wynagrodzenia kosztorysowego, o którym mowa w § 10 ust. 6 i 7, a więc regulując materię wynagrodzenia, Zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe (§10 ust. 1) oraz wynagrodzenie kosztorysowe (§10 ust. 6 i 7) za wykonanie przedmiotu umowy (kompleksu), gdyż obecnie niemożliwe jest jakiegokolwiek oszacowanie ilości niewybuchów i niewypałów oraz ilości refulatu. Ponadto postanowienia §10 ust. 6 umowy dotyczą wyłącznie części prac określonych w pomocniczym kosztorysie ofertowym jako „prace saperskie”, tj. prac związanych z „wydobyciem wraz z wykonaniem utylizacji niewybuchów i niewypałów o pojemności pow. 5 l”, rozliczanych kosztorysowo. Postanowienia §10 ust. 6 umowy nie dotyczą natomiast wyodrębnionych w ramach tej samej pozycji („prace saperskie”) czynności związanych z przeszukaniem terenu, dla której to pozycji określono wynagrodzenie ryczałtowe. Wynagrodzenie za realizację tej części świadczenia związanego z pracami saperskimi mieści się w dyspozycji §10 ust. 1 umowy i jest wliczone w wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie robót budowlanych określone ceną netto, powiększoną o podatek od towarów i usług określony według stawki 0%, podobnie jak inne czynności przygotowawcze poprzedzające wykonanie robót budowlanych.

Zamawiający, pismem z 30 października 2019 r., udzielając odpowiedzi na pytanie nr 6, zmienił §10 ust. 1 umowy, którego treść po zmianie jednoznacznie wskazuje, że za wykonanie wszystkich robót, za wyjątkiem projektu, przysługuje wynagrodzenie opodatkowane podatkiem VAT w wysokości 0%. Odwołujący nie wniósł odwołania na tę czynność Zamawiającego.

Zamawiający oznaczył stawkę VAT 0% kierując się interpretacją indywidualną wydaną na rzecz Zamawiającego 5 grudnia 2018 r., nr 0115-KDITI-2.4012.798.2018.1.AD. Interpretacja ta została wydana do stanu faktycznego objętego niniejszym zamówieniem publicznym, a więc jest jak najbardziej adekwatna dla ustalenia wysokości stawki VAT w niniejszym zamówieniu.

Oferta złożona przez Przystępującego jest zgodna z przepisami, specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz odpowiedzią na pytanie nr 6.

Również szereg innych interpretacji przepisów prawa podatkowego potwierdza, że do spornych robót zastosowanie ma stawka VAT 0%:

1) pismo z 5 czerwca 2019 r., sygn. DPP8.8101.40.2019.WCX, w którym Szef Krajowej Administracji Skarbowej wskazał, że: „Z przedstawionego zdarzenia przyszłego wynika, że Spółka rozważa realizację zamówienia, które obejmować ma wykonanie robót budowlanych w ramach kontraktu o nazwie „XXX”. Zgodnie z dokumentem „Ogłoszenie o zamówieniu”, wykonawca przedmiotu zamówienia zobowiązany będzie do wykonania następujących elementów systemu ochrony brzegu morskiego: 1. Wału przeciwsztormowego z narzutem z kamienia łamanego o długości... km. (...) 2. Falochronów wyspowych (...). 3. Ostróg brzegowych (...). 4. Prac saperskich (...). Analiza okoliczności faktycznych sprawy w kontekście powołanych przepisów prawa oraz powyższej uchwały NSA prowadzi do stwierdzenia, że prace jakie będą wykonane przez Wnioskodawcę należy uznać za czynności, których celem jest ochrona środowiska morskiego. W konsekwencji usługi te będą podlegały opodatkowaniu stawką podatku 0% na podstawie art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o VAT.”

2) pismo z 30 maja 2019 r., sygn. DPP8.8101.38.2019.WCX oraz z 10 kwietnia 2019 r., sygn. DPP8.8101.32.2019.WCX, w których Szef Krajowej Informacji Skarbowej wskazał, że „z przedstawionego zdarzenia przyszłego wynika, że Wnioskodawca przystąpił do przetargu nieograniczonego zorganizowanego przez Urząd Morski, którego przedmiotem jest wykonanie robót w zakresie ochrony brzegów morskich na wschód od Portu. Według specyfikacji istotnych warunków zamówienia, opis przedmiotu zamówienia obejmuje wykonanie następujących elementów systemu ochrony brzegu morskiego, tj. wału przeciwsztormowego z narzutem z kamienia łamanego, falochronu wyspowego, ostrogi brzegowej, prac saperskich. Zgodnie z dokumentacją projektową opisany przedmiot zamówienia ma na celu ochronę brzegu morskiego, plaży i wydmy, portu – przed erozją strukturalną i sztormową, zabezpieczenie przeciwpowodziowe zaplecza brzegu. Analiza okoliczności faktycznych sprawy w kontekście powołanych przepisów prawa oraz powyższej uchwały NSA prowadzi do stwierdzenia, że przedmiotowe roboty mają na celu bezpośrednio ochronę gruntu przed wyłukiwaniem przez wody morskie oraz pośrednio ochronę środowiska morskiego przed zanieczyszczeniami, które mogą być zawarte w gruncie zagrożonym wyłukiwaniem.

W konsekwencji usługi te będą podlegały opodatkowaniu stawką podatku 0% na podstawie art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o VAT.”

Odwołujący niezasadnie powołuje się na inne postępowania przetargowe jako na argument uzasadniający zarzut zastosowania błędnej stawki VAT. Przystępujący nie twierdził, że dla robót saperskich właściwa jest stawka VAT w wysokości 0 %. Zastosowanie tej stawki w niniejszym stanie faktycznym wynika bowiem wyłącznie z zakwalifikowania tych świadczeń w ramach usługi kompleksowej. W związku z tym wszelkiego rodzaju rozważania Odwołującego dotyczące stosowania dla tego typu robót stawki VAT 23% w innych postępowaniach przetargowych ogłoszonych przez Urzędy Morskie są całkowicie bezprzedmiotowe, a prezentowany na tę okoliczność materiał dowodowy jest nieprzydatny dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Jak wynika z postanowień §1 dołączonego do odwołania projektu umowy z Urzędem Morskim w Słupsku, przedmiotem tej umowy było wyłącznie wykonanie robót czerpalno-refulacyjnych, a więc nie była to usługa kompleksowa.

Zamówienia objęte umowami, które zostały przedłożone przez Odwołującego, dotyczą zupełnie innego stanu faktycznego niż stan faktyczny w niniejszej sprawie. Większość z tych kontraktów obejmuje wyłącznie przeszukiwanie dna pod kątem zalegania w nim obiektów ferromagnetycznych, w tym obiektów niebezpiecznych pochodzenia wojskowego oraz samą usługę oczyszczenia dna z obiektów ferromagnetycznych, a nie złożone świadczenia, w których przedmiotowe prace mają charakter przygotowawczy i poprzedzający wykonanie robót budowlanych, a żaden z kontraktów nie dotyczy sytuacji, gdy prace saperskie realizowane są w ramach kontraktu, w którym roboty budowlane objęte są preferencyjną stawką VAT. Zatem analiza dokumentacji załączonej do odwołania nie dowodzi prawidłowości stanowiska Odwołującego, a wręcz wykazuje tezę przeciwną, tj. że do prac saperskich jako świadczeń pomocniczych i przygotowawczych bezpośrednio związanych z realizacją świadczenia głównego zastosowanie ma stawka VAT taka jak dla świadczenia głównego.

Również błędna jest argumentacja Odwołującego powołująca się na wyrok KIO 503/16. Orzeczenie to dotyczy innego stanu faktycznego niż stan objęty niniejszym postępowaniem, a „badania miały być przeprowadzone w celu pozyskania informacji odnośnie jakości refulatu, niezbędnych do jego (Zamawiającego) dalszych działań statutowych”. Izba stwierdziła, że analiza przedmiotu zamówienia prowadziła do wniosku, że nie występuje w nim świadczenie główne, któremu można byłoby przypisać status świadczenia dominującego względem świadczeń pomocniczych.

Również trzeci z wykonawców, który złożył w niniejszym postępowaniu ofertę, tj. Warbud S.A. zastosował analogiczną jak Przystępujący stawkę podatku VAT, a w piśmie z wyjaśnieniami z 30 stycznia 2020 r. wskazał uzasadnienie faktyczne i prawne stawki wynoszącej 0% i podał interpretacje organów podatkowych uzasadniające zastosowanie takiej stawki.

Co do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Przystępujący wskazał, że niezasadny jest zarzut, iż Zamawiający nie uzasadnił swojej decyzji i oceny ofert. Czynność Zamawiającego w postaci oceny ofert spełnia wymogi określone przepisem art. 92, a analiza treści odwołania wykazuje, że Odwołujący posiada pełną wiedzę co do podstaw, dlaczego Zamawiający uwzględnił przy ocenie oferty Odwołującego doświadczenie projektanta przy realizacji 6, a nie 9 projektów.

Pani A. Z. (projektant) nie jest uprawniona do dokonania oceny prawnej spełnienia lub niespełnienia wymogów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dlatego jej oświadczenie powinno być pominięte w zakresie odwołującym się do oceny prawnej. Oświadczenie A. Z. może zostać uwzględnione w zakresie dotyczącym stanu faktycznego, to jest wskazania, jakie projekty osoba ta zrealizowała. Z tych samym względów pominięciu podlega opinia autorstwa inż. D..

Zgodnie z postanowieniami punktu 19.4.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający określił jako kryterium oceny ofert doświadczenie projektanta w opracowaniu projektów budowlano-wykonawczych (liczba punktów uzależniona została od liczby takich projektów). W odpowiedzi na pytanie nr 2 udzielone 30 października 2019 r. Zamawiający jednoznacznie określił, że dla oceny ofert istotne są te projekty, które dotyczą inwestycji, które zostały zrealizowane (zakończone) i w stosunku do których wydana została decyzja o udzieleniu pozwolenia na budowę.

Odwołujący wskazał jako element doświadczenia projektanta projekt zrealizowany przez A. Z. w ramach realizacji inwestycji „Modernizacja Toru Wodnego Świnoujście – Szczecin (poz. 9)”. Jak wynika z pisma Antea Polska S.A. z 20 stycznia 2020 r. inwestycja ta nie została zakończona, a projekt wykonawczy jest w trakcie opracowywania. Zatem Odwołujący niezasadnie powołał się na projekt realizowany (a nie zakończony) jako element doświadczenia projektanta.

W postanowieniach punktu 19.4.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, że ocenie podlegają projekty budowlano-wykonawcze. Treść odwołania wskazuje, że rozumienie pojęcia „projekt budowlano-wykonawczy” jest istotą zaskarżonej czynności Zamawiającego. Odwołujący błędnie podnosi, że Zamawiający wprowadził definicję pojęcia „projekt budowlano-wykonawczy” wyłącznie poprzez odwołanie się do wartości projektu (300.000 PLN). Tym samym Odwołujący usiłuje przekonywać, że każdy projekt, którego wartość przekraczała 300.000 PLN spełnia wymogi określone postanowieniami punktu 19.4.4. Takie rozumienie jest błędne. Prawdziwe jest twierdzenie Odwołującego, że przepisy prawa nie definiują zakresu pojęcia projektu budowlano-wykonawczego, zawierają natomiast definicję pojęcia projektu budowlanego (ustawa Prawo budowlane wraz z aktami wykonawczymi) oraz definicję pojęcia projekt wykonawczy (§ 5 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 roku w sprawie szczegółowego zakresu i formy

dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno użytkowego).

Ocena zakresu wymagań, jakie Zamawiający oczekuje w zakresie kryterium doświadczenia projektanta wymaga również uwzględnienia rodzaju projektów, jakie są przedmiotem zamówienia publicznego. Jak wynika z postanowień punktu 2.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawca zobowiązany będzie wykonać zarówno projekt budowlany, jak i projekt wykonawczy jako komplet.

W świetle postanowień punktu 2.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykładnia postanowień pkt 19.4.4 winna mieć przede wszystkim charakter celowościowy. Ponieważ elementem zamówienia jest wykonanie zarówno projektu budowlanego, jak i projektu wykonawczego, celem Zamawiającego i elementem oceny ofert jest to, aby projektant dysponował doświadczeniem zarówno w opracowaniu projektu budowlanego oraz w opracowaniu projektu wykonawczego. Użyte zatem w postanowieniach punktu 19.4.4 oznaczenie projekt budowlano-wykonawczy oznacza łącznie projekt budowlany i projekt wykonawczy. Powołane postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia są precyzyjne i nie budzące wątpliwości. Rodzaj i zakres tych projektów jest jasny, gdyż wynika z powołanych wyżej przepisów prawa. Trudno uznać, iż spełniać będzie wymóg posiadania doświadczenia w zakresie wykonania projektu budowlano-wykonawczego sytuacja, gdy dany projektant wykonał jedynie jeden z tych projektów. Gdyby Zamawiający uznał, że wystarczające jest doświadczenie projektanta w wykonaniu jednego z tych projektów, wskazałby na doświadczenie w wykonaniu projektu budowlanego albo projektu wykonawczego. Używając określenia „projekt budowlano-wykonawczy” Zamawiający niewątpliwie nawiązał do tego, że oczekuje, iż dany projektant wykona oba rodzaje projektów, to jest zarówno projekt budowlany, jak i projekt wykonawczy. Zamawiający w postanowieniach punktu 19.4.4 wymaga wykazaniem się doświadczeniem w realizacji projektów budowlano-wykonawczych. Użycie pojęcia „projektów” odwołuje się zarówno do projektu budowlanego, jak i projektu wykonawczego.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO 2262/13 wskazała, że „określenie użyte w postanowieniach SIWZ przez zamawiającego tj. „projekt budowlano-wykonawczy” nie występuje w obowiązujących przepisach prawa wydaje się być zbitką pojęciową określenia „projekt budowlany” jako jedyna dokumentacja projektowa wymagana przepisami ustawy Prawo budowlane do uzyskania pozwolenia na budowę i prowadzenia robót budowlanych oraz określenia „projekt wykonawczy” użytego w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego, wydanym jako przepis wykonawczy do ustawy P.z.p.” Tym samym KIO potwierdziło prawidłowość wykładni przedstawionej przez Przystępującego.

W oświadczeniu z 4 marca 2020 r. p. Z. potwierdziła, że przy realizacji inwestycji w postaci Projektu Baz NATO w Gdyni wykonała wyłącznie projekt wykonawczy, a więc nie realizowała projektu budowlanego. Analogiczna sytuacja wystąpiła w przypadku realizacji inwestycji w postaci Projektu Nabrzeża Północnego w Basenie X w Bazie Morskiej Gdynia, gdzie również realizowała wyłącznie projekt wykonawczy, bez projektu budowlanego. Do wskazanych wyżej pozycji należy dodać pozycję nr 9, to jest niezakończoną inwestycję „Modernizacja Toru Wodnego Świnoujście – Szczecin”. Dodatkowo Przystępujący przedłożył pismo PROJMORS Biuro Projektów Budownictwa Morskiego Sp. z o.o. z 9 czerwca 2020 r., z treści którego wynika, że p. Z. nie uczestniczyła w wykonaniu projektów w ramach realizacji inwestycji „Przebudowa Nabrzeża Północnego w Basenie X w Bazie Morskiej Gdynia”.

Zamawiający zatem prawidłowo uznał, że Odwołujący dysponuje jedynie 6, a nie 9 opracowaniami projektowymi, za co zgodnie z postanowieniami punktu 19.4.4 lit. c specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający przyznał ofercie Odwołującego prawidłowo 10 punktów.

Przystępujący wskazał też, że czynność w postaci uwzględnienia odwołania nie odpowiada przesłankom określonym przepisem art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż, jak wynika z treści pisma Zamawiającego z 21 maja 2020 r., Zamawiający uwzględnił odwołanie, gdyż w związku z przejęciem przez Urząd Morski w Szczecinie obowiązków Urzędu Morskiego w Słupsku analizuje zakresy przyjętych zadań, a nadto dokonuje analizy okoliczności wywołanych epidemią COVID-19, dlatego zamierza dokonać ponownej analizy wyników postępowania przetargowego. W świetle przepisu art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych takie okoliczności jak zmiana zamawiającego, ponowna analiza zakresów przyjętych zadań, czy też wpływ okoliczności związanych z epidemią COVID-19 nie stanowi uzasadnienia dla uwzględnienia odwołania w świetle przepisu art. 186 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W świetle powyższego, w ocenie Przystępującego, decyzja Zamawiającego o uwzględnieniu odwołania nie oznacza, że Zamawiający przychylił się i uwzględnił jakiegokolwiek zarzuty podniesione w odwołaniu.

IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu do stwierdzenia Przystępującego o nieprawidłowości uwzględnienia odwołania, Izba stwierdziła, że w świetle regulacji art. 186 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych podstawy faktyczne leżące za decyzją o uwzględnieniu odwołania są kwestią drugorzędną i nie wpływają na ważność oświadczenia Zamawiającego wyrażającego wolę takiego uwzględnienia. Owszem, co do założenia przesłanką uwzględnienia odwołania lub jego części powinno być przekonanie Zamawiającego o słuszności zarzutów i żądań wskazanych w odwołaniu (lub ich części), lecz doświadczenie życiowe wskazuje, że nie zawsze tak jest, a częstą przyczyną uwzględniania przez zamawiających odwołań jest chęć ponownej analizy dokonanych czynności lub ich korekty, w tym jedynie częściowej.

Tym samym, niezależnie od wskazanego w piśmie Zamawiającego uzasadnienia powodów dokonania tej czynności, Izba uznała, że odpowiedź Zamawiającego na odwołanie zawiera jednoznaczne oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w całości i, w związku z powyższym, wezwała Przystępującego do złożenia oświadczenia w kwestii zgłoszenia sprzeciwu wobec uwzględnienia odwołania.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów (treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść złożonych ofert, udzielonych wyjaśnień oraz innych przedstawionych i sporządzonych w postępowaniu przetargowym dokumentów) nie jest sporny między Stronami i Przystępującym.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Odwołującego i Przystępującego, *w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego przedstawionych przez Zamawiającego oraz stanowisk Odwołującego i Przystępującego Izba ustaliła i zważyła, co następuje:* odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu zaniechania podania uzasadnienia faktycznego i prawnego oceny ofert oraz nie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na błąd w obliczeniu ceny.

Izba wzięła pod uwagę wszystkie dokumenty przedstawione przez Odwołującego i Przystępującego – jednak jako dokumenty prywatne, z procesowego punktu widzenia, wchodzi one w zakres stanowiska danej strony. Dodatkowo, stanowiska podmiotów trzecich wyrażone w przedstawionych pismach, należy uznać wyłącznie za wyrażenie ich przekonań czy oceny pewnych faktów – zaś w zakresie doświadczenia projektanta, także wyrażenia pewnej wiedzy o okolicznościach faktycznych dotyczących realizacji poszczególnych projektów. Natomiast interpretacja tych okoliczności w świetle postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie jest wiążąca ani dla Zamawiającego, ani dla Izby.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny polegający na błędnym i niezgodnym z przepisami prawa przyjęciu w punkcie 1. lit. b) „Roboty saperskie”, lit. c) „Refulacja” i h) „Wydobycie wraz z wykonaniem utylizacji, niewybuchów i niewypałów” lp. 1 „Wydobycie wraz z wykonaniem utylizacji, niewybuchów i niewypałów o pojemności pon. 51”, lp. 2 „Wydobycie wraz z wykonaniem utylizacji niewybuchów i niewypałów o pojemności pow. 5 l” formularza ofertowego stawki VAT 0% w sytuacji, gdy zgodnie z przepisami prawa stawka ta wynosi 23 %,

2. art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej na skutek braku uwzględnienia całego przedstawionego w ofercie Odwołującego doświadczenia projektanta w kryterium oceny ofert doświadczenie projektanta i zaniżenie punktacji oferty Odwołującego w zakresie tego kryterium w sytuacji, gdy całe przedstawione przez Odwołującego doświadczenie projektanta uzasadnia przyznanie maksymalnej punktacji w tym kryterium (15 punktów) w miejsce przyznanych 10 punktów, co powinno skutkować wyborem oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

3. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu oraz przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji, proporcjonalności i przejrzystości, polegające na wyborze niezgodnie z przepisami oferty Przystępującego oraz na ocenie oferty Odwołującego w sposób niezgodny z przyjętym kryterium oceny ofert,

4. art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego oceny ofert.

Z przywołanych przez Odwołującego przepisów wynikają dla zamawiającego następujące obowiązki:

1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zas.A.i proporcjonalności i przejrzystości (art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), a zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych).

2. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu (art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych).

3. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 91 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych).

4. Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o: 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, (...) – podając uzasadnienie faktyczne i prawne (art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Co do zarzutu dotyczącego nieprawidłowego wskazania przez Przystępującego stawki podatku od towarów i usług Izba stwierdziła, co następuje.

Zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawartymi w jej rozdziale 2. przedmiotem zamówienia jest realizacja robót budowlanych na zasadach „zaprojektuj – wybuduj” przy projekcie „Przebudowa wraz z rozbudową istniejącego systemu umocnień brzegowych na wysokości miejscowości Mielno”. Obowiązkiem wykonawcy jest kompleksowe zaprojektowanie, wykonanie i oddanie do użytkowania wraz ze skutecznym uzyskaniem decyzji pozwolenia na użytkowanie konstrukcji ochronnych brzegu morskiego na 297,700-300,380 km brzegu morskiego oraz sztucznego zasilania na 299,700 – 299,420 km brzegu morskiego. Zakres robót budowlanych obejmuje wykonanie następujących elementów zabudowy hydrotechnicznej: remont zespołu ostróg brzegowych – 36 szt., refulacja, sztuczne zasilenie rumowiska w ilości min. 100.000 m³, budowa opaski brzegowej narzutowej typu ciężkiego o długości ok. 450 mb, modernizacja istniejącej opaski brzegowej na km 299,420 – 300,010, modernizacja istniejącej opaski brzegowej na km 300,010 – 300,260, modernizacja istniejącej opaski brzegowej na km 300,260 – 300,380.

Zgodnie z podpunktem 2.6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia zakres zleczanych wykonawcy robót, określonych w programie funkcjonalno-użytkowym obejmuje w szczególności: 2.6.1. wykonanie kompletu koncepcji projektowej; 2.6.2. wykonanie kompletu dokumentacji budowlanej; 2.6.3. wykonanie kompletu dokumentacji wykonawczej; 2.6.4. uzyskanie wszelkich uzgodnień, pozwoleń, zezwoleń i decyzji administracyjnych w zakresie wykonawstwa robót budowlanych, odbioru i użytkowania wykonanej zabudowy, wykonania tablic informacyjnych; 2.6.5. założenie i bieżące prowadzenie dokumentacji budowlanej; 2.6.6. przeprowadzenie prac przygotowawczych i zabezpieczających, w tym budowa tymczasowego zjazdu na plażę po zachodniej stronie morskiej przystani rybackiej; 2.6.7. przeprowadzenie robót rozbiórkowych i porządkowych; 2.6.8. wykonanie prac saperskich; 2.6.9. wykonanie robót i prac budowlanych; 2.6.10. wykonanie kompletu dokumentacji powykonawczej dla przeprowadzonych robót oraz innej dokumentacji technicznej niezbędnej do skutecznego uzyskania pozwolenia na użytkowanie; 2.6.11. sprawowanie nadzoru gwarancyjnego.

Analogiczne postanowienia zostały zawarte w § 1 wzoru umowy.

W punkcie 18.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, że prawidłowe ustalenie podatku VAT należy do obowiązków wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług.

Jednocześnie Zamawiający udostępnił wykonawcom interpretację podatkową indywidualną, którą uzyskał na potrzeby przedmiotowego postępowania, sygn. 0115-KDIT1-2.4012.798.2018.1.AD, w której Dyrektor Krajowej Administracji Skarbowej uznał, że stanowisko podatnika – Urzędu Morskiego w Słupsku przedstawione we wniosku „o wydanie interpretacji przepisów prawa podatkowego dotyczącej podatku od towarów i usług w zakresie zastosowania 0% stawki podatku na roboty związane z budową/rozbudową istniejących budowli hydrotechnicznych oraz wykonaniem prac zabezpieczających brzegi morskie w zakresie ostróg i opasek brzegowych – jest prawidłowe”. We wniosku przedstawiono następujące zdarzenie przyszłe: Urząd Morski zamierza realizować postępowanie na wykonanie inwestycji „Przebudowa wraz z rozbudową istniejącego systemu umocnień brzegowych na wysokości miejscowości Mielno”, zlokalizowanej na obszarze pasa technicznego administrowanego przez Urząd Morski. Realizacja znacząco przyczyni się do ograniczenia skutków negatywnego wpływu zmian klimatu na przedmiotowy odcinek brzegu morskiego. W ramach przedsięwzięcia zaplanowano budowę oraz rozbudowę istniejących budowli hydrotechnicznych oraz wykonanie prac zabezpieczających brzegi morskie w następującym zakresie: 1) Ostrogi brzegowe – przewiduje się prace rozbiórkowe zniszczonych ostróg, które polegać będą na wyrwaniu drewnianych pali z dna morskiego i usunięciu ich z obszaru prowadzonych prac oraz wykonaniu nowych ostróg z pali drewnianych. Prace związane z remontem ostróg brzegowych wykonywane będą od strony lądu i z morza. Zespół złożony z 36 ostróg ma zapobiegać ucieczce rumowiska pochodzącego ze sztucznego zasilania, dzięki czemu wielkość nakładów finansowych związanych z utrzymaniem plaż ulegnie zmniejszeniu. 2) Opaski brzegowe – przewiduje się przebudowę/budowę opasek brzegowych na wybranych odcinkach brzegu morskiego w podziale na kilka etapów: modernizacja opaski brzegowej ze ścianką szczelną na wysokości istniejącej promenady, pozostawienie istniejącej ścianki szczelnej oraz pograżenie przed nią (od strony morza) nowej ścianki zwieńczonej oczepem żelbetowym w formie odbijacza fal, montaż balustrad stalowych. Rozbiórka istniejącego oczepu żelbetowego i usunięcie istniejącego narzutu z gwiazdobloków. Przed nowo wbitą ścianką wykona się obrzut z kamienia łamanego hydrotechnicznego. Opaska brzegowa w miejscu istniejącej promenady, gdzie brak ścianki szczelnej. Wbicie nowej ścianki szczelnej oraz jej zabezpieczenie antykorozyjne poprzez malowanie. Ścianka zwieńczona oczepem żelbetowym. Przed wbiciem ścianki należy usunąć istniejące zabezpieczenia w postaci narzutu z gwiazdobloków na

usztynionych walcach z geowłókniny napełnionych piaskiem. Przed ścianką należy wykonać obrzut z kamienia łamanego. Opaska brzegowa będzie wykonana jako narzut kamienny oparty o istniejący skłon wydmy. 3) Sztuczne zasilanie brzegu morskiego – jest zabiegiem uzupełniającym, poprawiającym bilans osadów budujących plażę i naturalny skłon do wygaszania falowania. Projektuje się wykonanie zabezpieczającego sztucznego zasilania brzegów przy użyciu ok.100 tys. m³ brzegu morskiego. Roboty zostaną zlecone firmie budowlanej, podatnikowi VAT, na podstawie przetargu nieograniczonego.

Celem głównym przedsięwzięcia jest odbudowa oraz zabezpieczenie brzegu morskiego pomiędzy 297,7 a 301 km wybrzeża Morza Bałtyckiego, który jest bezpośrednio związany z celem priorytetu inwestycyjnego II osi priorytetowej Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko tj. „Wspieranie inwestycji ukierunkowanych na konkretne rodzaje zagrożeń przy jednoczesnym zwiększeniu odporności na klęski i katastrofy i rozwijaniu systemów zarządzania klęskami i katastrofami” i wynika z szeregu celów: zapewnienie bezpieczeństwa zarówno mieszkańcom, jak i turystom przebywającym w Mielnie; minimalizacja ryzyka podtopień oraz zabezpieczenie terenów zurbanizowanych; ograniczenie negatywnych skutków występowania ekstremalnych zjawisk meteorologicznych, w szczególności coraz silniejszych spiętrzeń sztormowych, związanych ze zmianami klimatu, w szczególności ograniczenie procesów erozyjnych brzegu.

Zamawiający powołał się na art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o podatku od towarów i usług jako podstawę zastosowania stawki 0%. W dalszej części Zamawiający powołał się na przepisy dotyczące pojęć związanych z ochroną brzegu morskiego: art. 4 i 15 Konwencji o ochronie środowiska morskiego obszaru Morza Bałtyckiego sporządzonej w Helsinkach 9 kwietnia 1992 r., art. 3 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska i art. 16 pkt 3 ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. Prawo wodne, art. 2 pkt 1 ustawy z dnia 28 marca 2003 r. o ustanowieniu programu wieloletniego „Program ochrony brzegów morskich”, art. 36 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 21 marca 1991 r. o obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej i administracji morskiej. W konkluzji Zamawiający wskazał, że nie funkcjonuje jednolita, uniwersalna definicja „środowiska morskiego”, a powołane wyżej akty prawne bardzo szeroko regulują „ochronę środowiska”, w tym środowiska morskiego – pod tym pojęciem należy rozumieć działania mające na celu chronienie, zachowanie i odnowienie środowiska morskiego w sposób zapewniający jego naturalny kształt i znajdujące się w nim zasoby. Istotnym aspektem jest określenie zasięgu środowiska morskiego podlegającego ochronie, a więc uznanie bądź nie brzegów morskich za jego element. W ramach ww. „Programu ochrony brzegów morskich” podejmuje się zadania dotyczące budowy, rozbudowy i utrzymywania systemu ochrony brzegów morskich przed erozją morską i powodzią od strony morza. Z analizy powołanych regulacji wynika, że można zaaprobować wniosek, że brzeg morski mieści się w zakresie pojęcia „środowiska morskiego”, które nie dotyczy tylko samego morza, ale również brzegu

morskiego, który niejako zakreśla obszar wód stając się jego zewnętrzną granicą, na której ląd styka się z morzem. W efekcie obszar środowiska morskiego (jego kształt) wyznacza dno oraz brzeg. W konsekwencji brzeg (plaża) pozostając pod stałym oddziaływaniem wody morskiej powoduje, że nie sposób oddzielić procesu ochrony brzegów morskich od ochrony środowiska morskiego. Coraz intensywniejsze oddziaływanie morza na brzeg morski skutkuje zagrożeniami zarówno dla brzegów morskich, jak i samych wód morskich, które to przejmują zanieczyszczenia lądowe. W tym kontekście podejmowane działania, które mają na celu odtworzenie (odbudowę) linii brzegowej, zmniejszają negatywny wpływ zmian w środowisku zarówno lądowym, jak i morskim. Zatem dokonując wykładni normy prawnej zawartej w art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o podatku od towarów i usług należy wziąć pod uwagę cel, jaki powinny realizować swym zakresem wykonywane usługi, a więc w omawianym przypadku, celem tych czynności powinna być ochrona środowiska morskiego, bez względu na to, czy cel ten uzyskiwany jest poprzez bezpośrednie, czy pośrednie działanie na środowisko wodne, czy czynności te dotyczą jego wszystkich bądź niektórych nawet pojedynczych jego elementów. Powyższe potwierdza uchwała NSA, sygn. I FPS 2/17 z 11 grudnia 2017 r., w której rozstrzygnięto, iż prace polegające na ochronie brzegu morskiego, w tym rozbudowie i odbudowie umocnień, są związane z ochroną środowiska morskiego w rozumieniu art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o podatku od towarów i usług. Zgodnie z ww. uchwałą „środowisko morskie” ujmowane jest całościowo, jako środowisko obejmujące zarówno wody i dno morza, a także bezpośrednio z nimi związaną strefę brzegu morskiego, na który składa się podbrzeże, plaża, wydmy i klif. Ponadto w przedmiotowej uchwale NSA potwierdził, że będące m.in. przedmiotem oferty, sztuczne zasilanie brzegu piaskiem, chroniąc brzeg morski, chroni także środowisko morskie, a tym samym znajduje zastosowanie stawka VAT w wysokości 0%. W związku z uchwałą NSA organy podatkowe, które do tej pory kwestionowały związek prac polegający na ochronie brzegu morskiego z ochroną środowiska, zmieniły to stanowisko odstępując od wydawania w tym przedmiocie decyzji wymiarowych w odniesieniu do podatników, którzy dla tego rodzaju prac stosowali stawkę VAT 0%.

Organ skarbowy stanowisko Zamawiającego w sprawie oceny prawnej przedstawionego zdarzenia przyszłego uznał za prawidłowe. Wskazał, że w myśl art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy 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. Stosownie do treści ust. 2 tego artykułu opodatkowaniu stawką podatku 0% podlegają czynności, o których mowa w ust. 1 pkt 7-18 i 20-22, w przypadku prowadzenia przez podatnika dokumentacji, z której jednoznacznie wynika, że czynności te zostały wykonane przy zachowaniu warunków określonych w tym przepisie. W ustawie o podatku od towarów i usług i rozporządzeniach wykonawczych do niej nie ma definicji legalnych pojęć

„środowisko morskie” i „ochrona środowiska morskiego”, ustawa nie odsyła również w tej materii do innych aktów prawnych. Organ podatkowy powołał się więc również na powyżej przytoczone przepisy prawa, wskazane przez Zamawiającego, z których wywiódł wniosek analogiczny jak Zamawiający, tj. że nie funkcjonuje jednolita, uniwersalna definicja „środowiska morskiego”, a powołane wyżej akty prawne regulują bardzo szeroko „ochronę środowiska”, w tym środowiska morskiego. Można zatem przyjąć, że pod pojęciem ochrony środowiska należy rozumieć działania mające na celu chronienie, zachowanie i odnowienie środowiska morskiego w sposób zapewniający jego naturalny kształt i znajdujące się w nim zasoby. Podobnie w zakresie określenia zasięgu środowiska morskiego podlegającego ochronie, a więc uznania bądź nie brzegów morskich za jego element – z analizy powołanych regulacji wynika, że można zaaprobować wniosek, że brzeg morski mieści się w zakresie pojęcia „środowiska morskiego”. Środowisko morskie nie dotyczy tylko samego morza, ale również brzegu morskiego, który niejako zakreśla obszar wód stając się jego zewnętrzną granicą, na której ląd styka się z morzem. W efekcie obszar środowiska morskiego (jego kształt) wyznacza dno oraz brzeg. W konsekwencji brzeg (plaża) pozostając pod stałym oddziaływaniem wody morskiej powoduje, że nie sposób oddzielić procesu ochrony brzegów morskich od ochrony środowiska morskiego. Coraz intensywniejsze oddziaływanie morza na brzeg morski skutkuje zagrożeniami zarówno dla brzegów morskich, jak i samych wód morskich, które to przejmują zanieczyszczenia lądowe. W tym kontekście podejmowane działania, które mają na celu zwiększenie odporności brzegu morskiego, zmniejszają negatywny wpływ zmian w środowisku zarówno lądowym, jak i morskim. Zatem dokonując wykładni normy prawnej zawartej w art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o podatku od towarów i usług należy wziąć pod uwagę cel, jaki powinny realizować swym zakresem wykonywane usługi, a więc w omawianym przypadku, celem tych czynności powinna być ochrona środowiska morskiego, bez względu na to, czy cel ten uzyskiwany jest poprzez bezpośrednie, czy pośrednie działanie na środowisko wodne, czy czynności te dotyczą jego wszystkich bądź niektórych nawet pojedynczych jego elementów. Powyższe potwierdza uchwała NSA z 11 grudnia 2017 r., sygn. akt FPS 2/17, w której sąd „uznał, że usługi wykonywane przez skarżącą, dotyczące ochrony brzegów morskich są związane z ochroną środowiska morskiego w rozumieniu art. 83 ust. 1 pkt 11 u.p.t.u., nawet, jeśli dodatkowo realizują inny cel np. ochrony brzegów morskich”. Analiza okoliczności faktycznych sprawy w kontekście powołanych przepisów prawa oraz uchwały NSA prowadzi więc do stwierdzenia, że prace, jakie będą wykonane na rzecz Zamawiającego, polegające na budowie/rozbudowie istniejących budowli hydrotechnicznych oraz wykonaniu prac zabezpieczających brzegi morskie w zakresie ostróg i opasek brzegowych należy uznać za czynności, których celem jest ochrona środowiska morskiego. W konsekwencji usługi te będą podlegały opodatkowaniu stawką podatku 0% na podstawie art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o podatku od towarów i usług.

W interpretacji znalazło się też zastrzeżenie, że została ona wydana na podstawie przedstawionego we wniosku zdarzenia przyszłego, co oznacza, że w przypadku, gdy w toku postępowania podatkowego, kontroli podatkowej, bądź celno-skarbowej zostanie określony odmienny stan faktyczny, to interpretacja nie wywoła w tym zakresie skutków prawnych.

W § 10 „Cena przedmiotu umowy, wynagrodzenie i warunki płatności” ust. 1 wzoru umowy Zamawiający wskazał, że „Zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe (ryczałt nie obejmuje robót i usług wskazanych w ust. 6 i 7), za wykonanie robót budowlanych netto: zł + podatek VAT 0%, brutto: zł (słownie brutto:), za wykonanie projektu w wysokości netto: zł + podatek VAT 23%, tj. brutto zł (słownie brutto:).” W ust. 6 i 7 wskazano, że cena ryczałtowa z ust. 1 nie obejmuje wydobywania wraz z utylizacją niewypałów i niewybuchów oraz robót czerpalno-refulacyjnych, które będą wyceniane kosztorysowo odpowiednio na podstawie faktycznej ilości wydobytych oraz zutilizowanych niewypałów i niewybuchów oraz ilości wydobytego urobku. W ustępach tych Zamawiający nie wskazał żadnej stawki podatku.

W punkcie 1. formularza oferty Zamawiający podzielił cenę oferty na następujące „ryczałtowe ceny jednostkowe”: a) wykonanie dokumentacji projektowej, b) roboty saperskie (obejmujące przeszukiwanie terenu), c) refulacja (obejmująca prace i badania laboratoryjne w zakresie prac czerpalno-refulacyjnych), d) opaska brzegowa na ścianie szczelnej, e) opaska brzegowa narzutowa, f) ostrogi brzegowe, g) roboty czerpalno-refulacyjne, h) wydobywanie wraz z wykonaniem utylizacji, niewybuchów i niewypałów (w podziale cenowym na wydobywanie wraz z wykonaniem utylizacji, niewybuchów i niewypałów o pojemności poniżej i powyżej 5 litrów). Według Izby powyższy podział dokonany przez Zamawiającego był podziałem przedmiotowym, a nie podatkowym, tzn. odnosił się do poszczególnych elementów opisu przedmiotu zamówienia, niezależnie od ich opodatkowania oraz sposobu ich rozliczania – ryczałtowego lub kosztorysowego. Potwierdza to fakt, że w § 10 wzoru umowy, nie ma osobno mowy o pracach saperskich związanych z przeszukiwaniem terenu przed rozpoczęciem robót budowlanych, a ust. 1 § 10 wyróżnia tylko „roboty budowlane” oraz prace projektowe.

Przystępujący, dla wszystkich ww. pozycji przyjął stawkę VAT 0%, podobnie zrobił też trzeci z trzech wykonawców, którzy złożyli ofertę w postępowaniu, tj. Warbud S.A. Natomiast Odwołujący uznał, że dla pozycji: b) „roboty saperskie”, c) „refulacja” i h) „wydobywanie wraz z wykonaniem utylizacji, niewybuchów i niewypałów” właściwa jest stawka 23% i taką stawkę zastosował w ofercie.

W trakcie badania ofert, po otrzymaniu pisma od Odwołującego z 20 stycznia 2020 r., zwracającego uwagę na powyższą sprawę, Zamawiający – w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – 24 stycznia 2020 r. zwrócił się do Przystępującego oraz spółki Warbud, a także do Odwołującego, o udzielenie wyjaśnień, tj. przedstawienia podstawy faktycznej i prawnej bądź interpretacji organu podatkowego pozwalającej na stosowanie stawki zerowej w zakresie wskazanych prac (punkty: b) „roboty saperskie”, c) „refulacja” i h) „wydobycie wraz z wykonaniem utylizacji, niewybuchów i niewypałów”).

W odpowiedzi Przystępujący powołał się na art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o podatku od towarów i usług oraz ww. interpretację podatkową wydaną na wniosek Zamawiającego oraz załączył opinię z zakresu prawa podatkowego sporządzoną przez Kancelarię Doradztwa Podatkowego FIN-FAX.

Finalnie Zamawiający nie odrzucił żadnej z ofert i uznał ofertę Przystępującego za najkorzystniejszą.

Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy (Prawo zamówień publicznych) czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (Prawo zamówień publicznych). Z przepisu tego wynika więc, że Krajowa Izba Odwoławcza bada i ocenia legalność działania zamawiającego w zakresie procedury udzielania zamówień publicznych. Nie prowadzi natomiast postępowania podatkowego, kontroli podatkowej ani celno-skarbowej, zatem jej stanowisko nie stanowi stanowiska organu podatkowego.

Zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Za taki błąd uznaje się m.in. nieprawidłowo wskazaną w ofercie wartość lub stawkę podatku od towarów i usług, której nie można skorygować jako np. omyłki rachunkowej lub niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2020 r. poz. 106) stanowi, że stawka podatku wynosi 22%, z zastrzeżeniem ust. 2-12c, art. 83, art. 119 ust. 7, art. 120 ust. 2 i 3, art. 122 i art. 129 ust. 1. Przy czym art. 146aa tej ustawy wskazuje, że w okresie od 1 stycznia 2019 r. stawka ta wynosi 23%.

Zgodnie z art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy 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.

W kontekście zamówień publicznych kwestię podatku od towarów i usług, jako elementu silnie cenotwórczego, bowiem obejmującego – jak w tym przypadku – nawet do 23% ceny oferty lub jej elementu, która to wartość bez wątpienia może mieć wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej (wysokość ceny co do zasady każdorazowo stanowi kryterium oceny ofert) należy rozpatrywać w dwóch aspektach: podatkowym, ale przede wszystkim – uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Przepis ten wymienia więc najważniejsze zasady, którymi zamawiający ma się kierować w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Sytuacja, w której w danym postępowaniu pomiędzy ofertami złożonymi przez wykonawców, ze względu na interpretację przepisów podatkowych, może występować dwudziestotrzyprocentowa różnica w cenie – czy to całej oferty, czy też jej poszczególnych pozycji – nie jest pożądana ani z punktu widzenia uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami i ich równego traktowania, ani przejrzystości samego postępowania. Również pozostawanie wykonawców w niepewności co do obliczenia ceny do momentu badania ofert przez Zamawiającego, a nawet późniejszego, nie spełnia wymogów prowadzenia postępowania ani z zachowaniem uczciwej konkurencji, ani przejrzystości postępowania. Jak wskazywał Trybunał Sprawiedliwości UE w swoich licznych orzeczeniach – wymogiem obu tych przymiotów postępowania jest, aby wykonawcy *a priori* znali zasady i wymogi, które będą w danym postępowaniu obowiązywać.

Zamawiający nie uregulował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia bezpośrednio kwestii podatku od towarów i usług (w punkcie 18.4 wskazał, że prawidłowe ustalenie stawki VAT jest obowiązkiem wykonawcy), jednak na etapie publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia opublikował również uzyskaną przez siebie interpretację indywidualną, o której mowa powyżej.

Jest to interpretacja, o której mowa w art. 14s ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2019 r. poz. 900 z późn. zm.), której to wprowadzenie miało zapobiegać sytuacjom rozbieżności stawek podatku w ofertach wykonawców i sprzyjać zachowaniu uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowań. Zgodnie bowiem z art. 14s § 1 Ordynacji podatkowej z wnioskiem o wydanie interpretacji indywidualnej może wystąpić zamawiający w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie mającym wpływ na sposób obliczenia ceny w związku z udzielanym zamówieniem publicznym, podmiot publiczny w rozumieniu ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym w zakresie mającym wpływ na sposób obliczenia wynagrodzenia w związku z zawieraną umową o partnerstwie publiczno-

-prywatnym, lub zamawiający w rozumieniu ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi w zakresie mającym wpływ na sposób obliczenia wynagrodzenia koncesjonariusza wraz z ewentualną płatnością od zamawiającego w związku z zawieraną umową koncesji na roboty budowlane lub usługi; przepisu art. 14b § 4 nie stosuje się. Zgodnie z § 2 art. 14s przepisy art. 14k-14n stosuje się odpowiednio do wykonawcy, partnera prywatnego lub koncesjonariusza. A zatem nie tylko zamawiający, ale też wykonawcy biorący udział w postępowaniu, objęci są ochroną, o której mowa w art. 14k Ordynacji podatkowej.

Jak słusznie wskazał Odwołujący, w stanie faktycznym ww. interpretacji Zamawiający nie wymienił wprost prac saperskich polegających na przeszukaniu terenu robót budowlanych przed ich rozpoczęciem lub wydobyciu i utylizacji niewybuchów i niewypałów, jak też prac i badań laboratoryjnych w zakresie prac czerpalno-refulacyjnych. Tym samym – wobec zastrzeżenia, że jeżeli w toku postępowania podatkowego, kontroli podatkowej, bądź celno-skarbowej zostanie określony odmienny stan faktyczny, to interpretacja nie wywoła w tym zakresie skutków prawnych – nie można przyjąć za pewnik, że organ podatkowy przyjmie za właściwą stawkę VAT 0% również w stosunku do spornych elementów zamówienia.

Jednak, biorąc pod uwagę zasady przejrzystości postępowania i zachowania uczciwej konkurencji, Izba uznała, że wykonawca, składając ofertę zgodnie z – co najmniej sugestią Zamawiającego, za jaką należy uznać opublikowaną przez Zamawiającego interpretację, potwierdzoną jego zachowaniem związanym z nieodrzczeniem ofert Przystępującego oraz spółki Warbud (samo wezwanie do wyjaśnień – zresztą w stosunku do wszystkich oferentów – w ocenie Izby było jedynie spowodowane pismem Odwołującego kwestionującym przyjętą stawkę i rozbieżności pomiędzy stawkami) – oraz prawidłową, w swojej ocenie, interpretacją przepisów ustawy o podatku od towarów i usług, nie powinien ponosić negatywnych konsekwencji, zwłaszcza w sytuacji, w której po złożeniu oferty nie może już tej stawki zmienić. Tym samym już choćby z tego względu Przystępujący powinien korzystać z ochrony, jaką daje opublikowana przez Zamawiającego interpretacja podatkowa – przynajmniej w zakresie postępowania przetargowego.

Natomiast w aspekcie podatkowym Izba uznała, że przedmiotowa interpretacja nie przeczy stanowisku zaprezentowanemu przez Przystępującego.

Art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o podatku od towarów i usług, w zakresie dotyczącym niniejszego sporu stanowi, że stawkę podatku w wysokości 0% stosuje się do usług związanych z ochroną środowiska morskiego (przy czym ustawa o podatku od towarów i usług nie rozróżnia pojęcia robót budowlanych, które również określa jako „usługi”). Zarówno Zamawiający, jak i organ podatkowy w wydanej interpretacji skupiali się na celu wykonywania danych czynności i tym

samym ich skutku – ochronie środowiska morskiego, a nie rodzaju tych czynności, tj. roboty budowlane kontra usługi.

Nie było sporne, że usługi saperskie związane zarówno z przeszukaniem terenu przed rozpoczęciem robót budowlanych, jak i wydobyciem niewypałów i niewybuchów, związane są z bezpieczeństwem tych robót, tj. zabezpieczeniem przed nieprzewidzianym wybuchem podczas ich wykonywania. Utylizacja wydobytych niewypałów i niewybuchów natomiast jest bezpośrednią konsekwencją ewentualnego ich znalezienia i jest z tym ściśle związana. Natomiast prace i badania laboratoryjne w zakresie prac czerpalno-refulacyjnych są konsekwencją zaplanowanych robót czerpalno-refulacyjnych. Bezsprzecznie zatem są to prace wstępne/pomocnicze w stosunku do prac głównych, tj. robót budowlanych dotyczących wykonania opaski brzegowej, ostróg brzegowych i robót czerpalno-refulacyjnych i nie mają swojego odrębnego celu. Tym samym można uznać, że jako element całości – mieszczą się w zakresie prac związanych z ochroną środowiska morskiego.

Tym samym na obecnym etapie nie ma podstaw do stwierdzenia, że przyjęte przez Przystępującego stanowisko jest sprzeczne z przedmiotową interpretacją indywidualną.

Jeżeli natomiast zamawiający – Urząd Morski w Szczecinie, który przejął zakres zadań Urzędu Morskiego w Słupsku, nie jest pewny zakresu powyższej interpretacji, może zwrócić się o wydanie interpretacji podatkowej już ze wskazaniem pełnego zakresu prac.

Co do sporu zaś, czy kwestionowane prace spełniają wymogi dotyczące świadczenia pobocznego nierozzerwalnie związanego ze świadczeniem głównym – w ocenie Izby przedmiotowo tak, bowiem ich rozdzielenie byłoby niecelowe z obiektywnego, ekonomicznego i budowlanego punktu widzenia – pomimo że mogłyby być zlecone oddzielnie, najbezpieczniej jest jednak, gdy prace saperskie przeszukiwawcze zostaną wykonane bezpośrednio przed przystąpieniem do robót budowlanych, a wydobyte odnalezionych podczas prac niewypałów i niewybuchów jest koniecznością właśnie w momencie ich odnalezienia. Jakkolwiek – jak wynika już z samego formularza oferty oraz wzoru umowy – są one łatwe do osobnej wyceny, co też wykonawcy na życzenie Zamawiającego zrobili.

Jednak, niezależnie od sporów, czy zakres prac można uznać za usługę kompleksową, czy też nie, w ocenie Izby – przeważające w tej kwestii było stwierdzenie co do wspólnego celu prac, a tym samym przyporządkowanie ich przedmiotowej interpretacji podatkowej.

Tym samym, w ocenie Izby, nie jest nieuzasadniony pogląd o zastosowaniu stawki podatku od towarów i usług w wysokości 0% dla całości zamówienia.

Co do zarzutu dotyczącego nieprawidłowej oceny oferty Odwołującego w kryterium dotyczącym doświadczenia projektanta oraz powiązanego z tym zarzutem zarzutu braku wystarczającego uzasadnienia prawnego i faktycznego dokonanej oceny, Izba stwierdziła, co następuje.

W punkcie 7.2.3.4. lit. d specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dotyczącym warunku udziału w postępowaniu w zakresie personelu, Zamawiający zawarł postanowienie, zgodnie z którym wykonawca ma skierować do realizacji przedmiotu zamówienia minimum 1 projektanta, tj. osobę posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej bez ograniczeń, w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j.: Dz. U. 2019 poz. 1186, ze zm.) oraz rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2019 r. poz. 831) legitymującą się minimum 5-letnim doświadczeniem zawodowym w zakresie projektowania robót hydrotechnicznych oraz doświadczeniem w opracowaniu minimum 2 (dwóch) projektów budowlano-wykonawczych w zakresie budowy lub przebudowy morskiej budowli hydrotechnicznej w rozumieniu przepisów 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. 1998 nr 101 poz. 645), o wartości każdego projektu nie mniejszej niż 300 000,00 zł brutto (trzysta tysięcy złotych) każdy lub minimum 1 (jednego) projektu o wartości min. 500 000,00 zł brutto; przy czym wartość projektu rozumiana jest jako cena za wykonanie tego projektu, zgodnie z umową na usługę, którego projekt dotyczy albo minimum 1 projektanta, tj. osobę posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności inżynierskiej hydrotechnicznej bez ograniczeń, w rozumieniu ustawy z dnia 07 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j.: Dz. U. 2019 poz. 1186, ze zm.) oraz rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019 r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 2019 r. poz. 831) legitymującą się minimum 5-letnim doświadczeniem zawodowym w zakresie projektowania robót hydrotechnicznych oraz doświadczeniem w opracowaniu minimum 2 (dwóch) projektów budowlano-wykonawczych w zakresie budowy lub przebudowy morskiej budowli hydrotechnicznej w rozumieniu przepisów 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. 1998 nr 101 poz. 645), na podstawie których wykonano roboty budowlane o wartości nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto każda (pięć milionów złotych każda robota liczona odrębnie dla każdego projektu) lub minimum 1 (jednego) projektu na podstawie którego wykonano roboty budowlane o wartości nie mniejszej niż 10.000.000,00 zł brutto (dziesięć milionów złotych)"

Do punktu tego Zamawiający odwołał się w punkcie 19.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w którym wskazał, że kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty stanowi:

19.3.1. cena (C) – waga 60%,

19.3.2. doświadczenie kierownika budowy (DK) – waga 15%,

19.3.3. doświadczenie kierownika robót hydrotechnicznych (DKR) – waga 5%,

19.3.4. doświadczenie projektanta (DP) – waga 15%,

19.3.5. doświadczenie kierownika prac podwodnych II klasy (DKP) – waga 5%.

19.4. Maksymalna liczba punktów w kryterium równa jest określonej wadze kryterium w %. Ocena łączna stanowi sumę punktów uzyskanych w ramach ww. kryteriów. Obliczenia dokonywane będą z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Przyznawanie ilości punktów poszczególnym ofertom odbywać się będzie wg następujących zasad – co do doświadczenia projektanta (pkt 19.4.4.): doświadczenie projektanta w opracowaniu projektów budowlano-wykonawczych w zakresie budowy lub przebudowy morskiej budowli hydrotechnicznej (DP) – ocenie zostanie poddana wskazane przez wykonawcę w formularzu oferty – załącznik nr 1 do specyfikacji, doświadczenie osoby skierowanej do realizacji zamówienia, o której mowa w pkt 7.2.3.4. lit. d. Maksymalna liczba punktów – 15. Punkty zostaną przyznane według następujących zasad:

a) doświadczenie projektanta w opracowaniu do 2 projektów budowlano-wykonawczych bez względu na wartość lub projektów w rozumieniu pkt. 19.4.4.1 – w zakresie budowy lub przebudowy morskiej budowli hydrotechnicznej, bądź brak wskazanego doświadczenia – 0 pkt,

b) doświadczenie projektanta w opracowaniu minimum 3 projektów budowlano-wykonawczych w rozumieniu pkt 19.4.4.1. w zakresie budowy lub przebudowy morskiej budowli hydrotechnicznej – 5 pkt,

c) doświadczenie projektanta w opracowaniu minimum 5 projektów budowlano-wykonawczych w rozumieniu pkt 19.4.4.1. w zakresie budowy lub przebudowy morskiej budowli hydrotechnicznej – 10 pkt,

d) doświadczenie projektanta w opracowaniu minimum 7 projektów budowlano-wykonawczych w rozumieniu pkt 19.4.4.1. w zakresie budowy lub przebudowy morskiej budowli hydrotechnicznej – 15 pkt.

W podpunkcie 19.4.4.1 specyfikacji wskazano, że przez projekt w rozumieniu pkt. 19.4.4. rozumie się projekt o wartości minimum 300.000 zł brutto, przy czym wartość projektu rozumiana jest jako cena za wykonanie tego projektu, zgodnie z umową na usługę, którego projekt dotyczy), a także projekt, na podstawie którego wykonano robotę budowlaną (budowy lub przebudowy) w wartości nie mniejszej niż 5.000.000,00 zł brutto – każda robota liczona odrębnie dla każdego projektu).

Odwołujący w formularzu oferty wskazał jako projektanta panią A. Z. oraz 9 wykonanych przez nią prac. Podobnie panią Z. wskazał Przystępujący, wymieniając jedynie 6 prac. Pozostałe 3 prace (z poz. 4, 5 i 6 wykazu) Przystępujący uznał za niespełniające wymogu punktu 19.4.4. i 19.4.4.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze względu na

to, że w ramach prac wskazanych w poz. 4. i 5. p. Z. uczestniczyła wyłącznie w realizacji projektów wykonawczych, a nie budowlano-wykonawczych, w pracach wskazanych w poz. 9. na dzień składania ofert wykonany został wyłącznie projekt budowlany, a projekt wykonawczy nie został zrealizowany.

W związku z tym na etapie badania ofert Przystępujący skierował do Zamawiającego pismo wskazujące na powyższą kwestię, na skutek którego Zamawiający, pismem z 24 stycznia 2020 r., w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Odwołujący udzielił wyjaśnień pismem z 27 stycznia 2020 r. wskazując, że w jego ocenie wszystkie wymienione projekty spełniają wymogi punktu 19.4.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia i są projektami budowlano-wykonawczymi w zakresie budowy lub przebudowy morskiej budowli hydrotechnicznej zgodnie z wymogami punktu 19.4.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W piśmie z 29 stycznia 2020 r. opisał szerzej zakres prac w poszczególnych pozycjach oraz przedstawił swoje stanowisko co do interpretacji przedmiotowego kryterium oceny ofert.

W konsekwencji w kryterium doświadczenia projektanta Zamawiający przyznał Odwołującemu 10 na 15 możliwych punktów (Przystępujący również otrzymał 10 punktów). Zgodnie z opisem oceny ofert w tym kryterium oznacza to, że Zamawiający uznał 5 lub 6 wskazanych projektów. W „Zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej” wskazał jednak jedynie liczbę punktów w poszczególnych kryteriach, bez jakiegokolwiek uzasadnienia.

W ocenie Izby oznacza to, że nie można dokonać prawidłowej weryfikacji czynności Zamawiającego w zakresie oceny ofert, w tym w kryterium doświadczenia projektanta wskazanego przez Odwołującego, ponieważ nie wiadomo, które pozycje Zamawiający uznał za spełniające wymóg, a których nie, a te, które nie zostały uznane – w jakim zakresie i z jakich powodów.

Tym samym Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego oceny ofert, skutkujące uniemożliwieniem Odwołującemu dokonania oceny prawidłowości i weryfikacji czynności oceny ofert przez Zamawiającego potwierdził się. Dodatkowo, z powyższego powodu, Izba nie mogła odnieść się do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej na skutek braku uwzględnienia całego przedstawionego w ofercie Odwołującego doświadczenia projektanta (kryterium oceny ofert „DP”) i zaniżenie punktacji oferty Odwołującego w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert w sytuacji, gdy całe przedstawione przez Odwołującego doświadczenie projektanta (kryterium oceny ofert „DP”) spełnia wymogi uzasadniające przyznanie maksymalnej punktacji w tym kryterium na poziomie 15 punktów. Tym bardziej, że Zamawiający nie uczestniczył w rozprawie ani nie wskazał

swojego stanowiska pisemnie (poza samym oświadczeniem o uwzględnieniu odwołania). Ani bowiem wykonawca, ani Izba nie powinny domyślać się podstaw działania Zamawiającego. Owszem, prawdopodobnie rację ma Przystępujący, podnosząc, że chodziło tu o powody wskazane w jego piśmie negującym część doświadczenia pani Z., ale jest to tylko prawdopodobieństwo.

Co zaś do sporu pomiędzy Odwołującym a Przystępującym w zakresie rozumienia pojęcia „projekt budowlano-wykonawczy”, to Izba podziela stanowisko, że pojęcie to – używane powszechnie, lecz nie znajdujące odzwierciedlenia w oficjalnych przepisach – należy interpretować w kontekście przepisów § 4 i § 5 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 1129):

§ 4: 1. Dokumentacja projektowa, służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, składa się w szczególności z:

- 1) projektu budowlanego w zakresie uwzględniającym specyfikę robót budowlanych;
- 2) projektów wykonawczych w zakresie, o którym mowa w § 5;
- 3) przedmiaru robót w zakresie, o którym mowa w § 6;
- 4) informacji dotyczącej bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, w przypadkach gdy jej opracowanie jest wymagane na podstawie odrębnych przepisów.

2. Dokumentacja projektowa, służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których nie jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, składa się w szczególności z:

- 1) planów, rysunków lub innych dokumentów umożliwiających jednoznaczne określenie rodzaju i zakresu robót budowlanych podstawowych oraz uwarunkowań i dokładnej lokalizacji ich wykonywania;
- 2) przedmiaru robót, w zakresie o którym mowa w § 6;
- 3) projektów, pozwoleń, uzgodnień i opinii wymaganych odrębnymi przepisami.

§ 5: 1. Projekty wykonawcze powinny uzupełniać i uszczegóławiać projekt budowlany w zakresie i stopniu dokładności niezbędnym do sporządzenia przedmiaru robót, kosztorysu inwestorskiego, przygotowania oferty przez wykonawcę i realizacji robót budowlanych.

2. Projekty wykonawcze zawierają rysunki w skali uwzględniającej specyfikę zamawianych robót i zastosowanych skal rysunków w projekcie budowlanym wraz z wyjaśnieniami opisowymi, które dotyczą:

- 1) części obiektu,
- 2) rozwiązań budowlano-konstrukcyjnych i materiałowych,
- 3) detali architektonicznych oraz urządzeń budowlanych,

4) instalacji i wyposażenia technicznego

– których odzwierciedlenie na rysunkach projektu budowlanego nie jest wystarczające dla potrzeb, o których mowa w ust. 1.

3. Projekty wykonawcze, w zależności od zakresu i rodzaju robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia, dotyczą:

1) przygotowania terenu pod budowę;

2) robót budowlanych w zakresie wznoszenia kompletnych obiektów budowlanych lub ich części oraz robót w zakresie inżynierii lądowej i wodnej, włącznie z robotami wykończeniowymi w zakresie obiektów budowlanych;

3) robót w zakresie instalacji budowlanych;

4) robót związanych z zagospodarowaniem terenu.

4. Wymagania dotyczące formy projektów wykonawczych przyjmuje się odpowiednio jak dla projektu budowlanego.

W opinii Izby zastosowane przez Zamawiającego określenie „projekt budowlano-wykonawczy” jest zbitką określeń „projekt budowlany” i „projekt wykonawczy”, czyli opracowań, o których mowa w § 4 ust. 1 pkt 1 i 2 przywołanego rozporządzenia. Zatem pojęcie to należy rozumieć jako „projekt budowlany i wykonawczy”. Jest to uzasadnione logicznie i językowo jako skrót obu tych projektów pomijający powtarzające się słowo „projekt”. Izba dotychczas nie spotkała się z odmiennym, powszechnym rozumieniem tego pojęcia w środowisku branży budowlanej czy też wśród zamawiających. Zatem przyjęta przez Izbę wykładnia tego pojęcia jest zgodna z zasadą interpretacji zawartą w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którą oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, przyjmując, że w tym przypadku „ustalone zwyczaje” to zarówno zwyczaje branży budowlanej, jak i zamawiających stosujących takie nazewnictwo.

Interpretacja taka jest także zgodna z zakresem przedmiotu zamówienia, obejmującym wykonanie i projektu budowlanego, i projektu wykonawczego, a także połączeniem celowym pomiędzy zakresem przedmiotu zamówienia a doświadczeniem wymaganym czy to w ramach warunku udziału w postępowaniu, czy kryterium oceny ofert. Odmienna interpretacja, w opinii Izby, nie ma logicznego uzasadnienia.

Zatem projektant, aby jego doświadczenie mogło zostać uznane w ramach przedmiotowego kryterium, musiał sporządzić opracowanie/opracowania odpowiadające swoim zakresem pojęciom projektu budowlanego i projektu wykonawczego w rozumieniu § 4 ust. 1 pkt 1 i 2 ww. rozporządzenia, niezależnie od tego, jaką nazwę tych dokumentów przyjął dany inwestor, projektant, czy wykonawca robót.

Natomiast co do stosunku podpunktu 19.4.4.1 do punktu 19.4.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba stwierdziła, że w podpunkcie 19.4.4.1 wskazano dodatkowy wymóg co do projektu budowlano-wykonawczego w postaci jego wartości (min. 300.000 zł brutto) oraz alternatywnie („a także”) – na projekt o mniejszej wartości, pod warunkiem że wartość robót, których ten projekt dotyczył, nie była mniejsza niż 5.000.000 zł brutto, a dodatkowo – roboty te zostały już wykonane („na podstawie którego wykonano robotę budowlaną”). Samo zaś określenie „projekt” jest tym samym pojęciem co „projekt budowlano-wykonawczy”, o którym mowa w punkcie 19.4.4 i nie ma żadnych podstaw, by rozumieć je inaczej. Sam już punkt 19.4.4 wskazuje: „projektów budowlano-wykonawczych w rozumieniu pkt 19.4.4.1”, a podpunkt 19.4.4.1 zaczyna się od słów „przez projekt w rozumieniu pkt. 19.4.4 rozumie się”

W powyższych powodów Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania podania uzasadnienia faktycznego i prawnego oceny ofert wykonawców, przez co nie można ocenić prawidłowości oceny oferty złożonej przez Odwołującego, a także nakazała sporządzenie i przekazanie wykonawcom pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego oceny ofert wykonawców.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych), które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak możliwości weryfikacji dokonanej oceny oferty w połączeniu z zarzutem nieprawidłowej oceny – przy wpływie ww. oceny na wynik punktowy Odwołującego oznacza, że brak uzasadnienia oceny ofert może mieć istotny wpływ na wynik postępowania przetargowego.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 2 i § 5 ust. 3 pkt 2 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając proporcjonalnie w stosunku do wyniku postępowania połowę poniesionych przez Odwołującego kosztów wpisu wynoszących 20.000 złotych, tj. obciążając nimi po połowie Odwołującego i Przystępującego, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....