

WYROK
z dnia 9 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Agnieszka Trojanowska
Członkowie:	Renata Tubisz Anna Chudzik
Protokolant:	Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 9 grudnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 listopada 2016r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Stocznię Remontową Nauta Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni, ul. Waszyngtona 1 i Morską Stocznię Remontową Gryfia Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie, ul. Ludowa 13** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa- Inspektorat Uzbrojenia z siedzibą w Warszawie, ul. Królewska 1/7**

przy udziale **wykonawcy Remontowa Shipbuilding Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku, ul. Swojska 8** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2222/16 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie nakazując zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym dokonanie czynności wezwania wykonawcy Remontowa Shipbuilding Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku, ul. Swojska 8 do uzupełnienia pełnomocnictwa dla M. F. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy w pozostałym zakresie odwołanie oddala,**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Remontowa Shipbuilding Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku, ul. Swojska 8 i**
 - 2.1 Zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr.**

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Stocznię Remontową Nauta Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni, ul. Waszyngtona 1 i Morską Stocznię Remontową Gryfia Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie, ul. Ludowa 13** tytułem wpisu od odwołania

2.2 Zasądza od **wykonawcy Remontowa Shipbuilding Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku, ul. Swojska 8** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Stocznię Remontową Nauta Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni, ul. Waszyngtona 1 i Morską Stocznię Remontową Gryfia Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie, ul. Ludowa 13** kwotę 18 600zł. 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu uiszczzonego wpisu oraz kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie negocjacji z ogłoszeniem na zabezpieczenie techniczne i prowadzenie działań ratowniczych na morzu pk. „Holownik” zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 grudnia 2014r. za numerem 2014/S 249-441915.

W dniu 16 listopada 2016r. zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyniku postępowania, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Remontowa Shipbuilding Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku, ul. Swojska 8 oraz o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Stocznia Remontowa Nauta Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni, ul. Waszyngtona 1 i Morską Stocznia Remontowa Gryfia Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie, ul. Ludowa 13 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579 – dalej ustawy) z uwagi na zastosowanie stawki 0% podatku od towarów i usług VAT, podczas gdy prawidłowo wykonawcy powinni zastosować stawkę 23%.

W dniu 25 listopada 2016r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Stocznia Remontowa Nauta Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdyni, ul. Waszyngtona 1 i Morską Stocznia Remontowa Gryfia Spółka Akcyjna z siedzibą w Szczecinie, ul. Ludowa 13 – dalej odwołujący wnieśli odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 21 listopada 2016r. udzielonego przez Stocznia Remontowa Nauta i podpisanego przez prezesa i wiceprezesa zarządu zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS, z którego odpis załączono oraz na podstawie pełnomocnictwa z dnia 21 listopada 2016r. udzielonego przez Stocznia Remontowa Gryfia i podpisanego przez prezesa i członka zarządu, zgodnie z zasadami reprezentacji ujawnionymi w KRS, z którego odpis dołączono. Kopię odwołania złożono u zamawiającego w dniu 25 listopada 2016r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy w zw. z art. 6 k.c. przez odrzucenie oferty odwołującego z powodu błędu w obliczeniu ceny wynikającego z zastosowania nieprawidłowej stawki podatku VAT, podczas gdy statek będący przedmiotem zamówienia stanowi statek ratowniczy morski, którego dostawa jest opodatkowana stawką podatku VAT w wysokości 0%;
2. art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w zw. z art. 58 § 1 k.c. przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo tego, że oferta jest nieważna z uwagi na jej sporządzenie z naruszeniem zasad reprezentacji tej spółki;

3. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy w zw. z art. 82 ust. 2 ustawy (w brzmieniu sprzed dnia 28 lipca 2016 roku) w zw. z art. 78 § 1 k.c. przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo tego, że została sporządzona niezgodnie z ustawą;
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z pkt VI.4 siwz w zw. z pkt VI.6 siwz przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępujący pomimo tego, że została sporządzona niezgodnie z wymogami siwz;
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z pkt VI.4 siwz w zw. z pkt VI.5 siwz przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo dołączenia do oferty załączników wypełnionych niezgodnie z wymaganiami siwz;
6. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego oraz oferty konsorcjum wykonawców Stoczni Marynarki Wojennej S.A. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Gdyni i Damen Shipyards Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni pomimo tego, że zaoferowane ceny zostały obliczone przez wykonawców przy zastosowaniu stawki podatku VAT w wysokości 23%, podczas gdy przedmiot zamówienia powinien być objęty stawką podatku VAT w wysokości 0%, co skutkowało błędem w obliczeniu cen;
7. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo tego, że oferta w zakresie wysokości ceny jest wewnętrznie sprzeczna, jak również cena została błędnie obliczona tj. pozostaje w sprzeczności z danymi wynikającymi z kalkulacji kosztów i zestawienia kosztów;
8. art. 96 ust. 1 ustawy w zw. z § 3 ust. 1 lit. c) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 roku w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez dokonanie wyboru oferty pomimo tego, że do dnia 16 listopada 2016 roku zamawiający nie zakończył postępowania, co wynika z braku podpisu sekretarza komisji w protokole postępowania w miejscu przeznaczonym na zatwierdzenie wyniku postępowania (poz. 19 protokołu).

Odwołujący podniósł, że jego interes w uzyskaniu zamówienia został naruszony przez zamawiającego, gdyż jego oferta nie polegała odrzuceniu i powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, w szczególności z tego względu, że pozostałe oferty podlegały odrzuceniu. W związku z tym zachodzi możliwość doznania przez odwołującego szkody.

Wniósł o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budowy statków na okoliczność, czy jednostka, będąca przedmiotem zamówienia jest statkiem ratowniczym morskim;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z indywidualnej interpretacji podatkowej o wydanie której Stocznia Remontowa NAUTA S.A. z siedzibą w Gdyni wystąpiła w dniu 8 listopada 2016 roku do Ministra Finansów na okoliczność podlegania przedmiotu zamówienia opodatkowaniu stawką podatku VAT w wysokości 0%;

3. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu.

Nadto o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru wykonawcy;
2. odrzucenie oferty złożonej przez przystępującego
3. wybór oferty odwołującego;
4. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego, w tym zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów związanych z uczestnictwem w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania odwołujący podniósł, iż wbrew stanowisku zamawiającego nie zachodziły podstawy do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy

Odwołujący podkreślił, iż w uzasadnieniu przyjętego stanowiska w zasadzie zamawiający wskazał wyłącznie na to, że:

1. główne przeznaczenie statku określono jako „zapewnienie możliwości świadczenia szerokiego zakresu prac holowniczych dla okrętów i pomocniczych jednostek pływających”, co rzekomo wynika z pkt 3.1.1 SOPZ;
2. odwołujący powinien dysponować dowodami potwierdzającymi prawidłowość zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 0% w dacie składania oferty.

Zdaniem odwołującego, argumenty podniesione przez zamawiającego w zawiadomieniu o rozstrzygnięciu postępowania są bezpodstawne, co skutkowało rażącym naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy

Odwołujący podtrzymał stanowisko, iż przedmiot zamówienia stanowił statek ratowniczy morski, a nie holownik, jak przyjmuje zamawiający. W tym zakresie odwołujący przedstawił wyczerpującą argumentację w piśmie z dnia 22 września 2016 roku, stanowiącym odpowiedź odwołującego na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ustawy i ponowne przywoływanie jej w tym miejscu w całej rozciągłości nie jest celowe.

Odnosząc się zaś do argumentacji zamawiającego wskazał, iż wbrew stanowisku zamawiającego w żadnym dokumencie przetargowym zamawiający nie wskazał, aby głównym przeznaczeniem statku było wykonywanie prac holowniczych. W szczególności redakcja pkt 3.1 SOPZ przeczy temu twierdzeniu, gdyż z tego punktu SOPZ wynika wprost, że wymienione w nim funkcje zostały opisane w sposób równorzędny, bez przyznawania funkcji dominującej cesze opisanej w punkcie 1. Co więcej, zdecydowana większość z funkcjonalności opisanych w punkcie 3.1 SOPZ świadczy o tym, że statek będzie wykorzystywany przede wszystkim w celach ratownictwa morskiego. Podkreślił przy tym, iż sama możliwość holowania okrętów i jednostek pomocniczych wpisuje się w tzw. holowanie ratownicze. Wskazuje na to nietypowe dla holowników wyposażenie statku w urządzenia,

które mają umożliwić i ułatwić prowadzenie akcji ratowniczych w możliwie szerokim zakresie, a także celowe ograniczenie parametrów właściwych dla funkcji holowania względem potencjalnych możliwości wynikających chociażby z wymiarów statku. W tym kontekście zdaniem odwołującego istotnego znaczenia nabiera sam opis postępowania, którego przedmiotem nie była dostawa jednostek typu holownik, lecz zabezpieczenie techniczne i prowadzenie działań ratowniczych na morzu, co zdaniem odwołującego ma decydujące znaczenie w określeniu jakiego rodzaju przeważające cechy posiadać będą jednostki wybudowane w ramach przedmiotowego zamówienia.

Wskazał także, iż zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy podstawowym obowiązkiem zamawiającego jest opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Treść siwz oraz załączników (szczególnie SOPZ) prowadzi do wniosku, iż w żadnym wypadku przedmiot zamówienia nie został określony jako statek typu holownik. W związku z tym odwołujący uważa, że był w pełni uprawniony do oceny funkcjonalności i przeznaczenia jednostki na podstawie całokształtu dokumentów udostępnionych przez zamawiającego, tym bardziej, iż docelowo to wykonawca, a nie zamawiający dokonuje klasyfikacji towaru w celach podatkowych. Dodał, iż wskazany przez zamawiającego kod CPV nie pozwala na ustalenie, że statek będący przedmiotem dostawy jest jednostką typu holownik (jak twierdzi zamawiający) - przywołany przez zamawiającego kod CPV odnosi się bowiem do okrętów pomocniczych, które to pojęcie nie ma charakteru ostrego, lecz wprowadza katalog otwarty rodzajów jednostek mieszczących się w tym pojęciu.

Niezależnie od powyższego, zdaniem odwołującego, przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budowy statków pozwoli na jednoznaczne ustalenie, jakiego rodzaju statkiem jest przedmiot zamówienia, tym bardziej, że prawidłowe oznaczenie rodzaju statku ma decydujące znaczenie przy określeniu stawki podatku VAT, która powinna być zastosowana przy obliczaniu ceny przez wykonawców.

Przechodząc do kwestii zastosowania przez odwołującego stawki podatku VAT w wysokości 0%, w pierwszej kolejności odwołujący wskazał, że zamawiający w siwz nie określił wysokości stawki tego podatku, jaka powinna zostać przyjęta dla potrzeb sporządzenia oferty.

Odwołujący podkreślił, iż na gruncie polskiego prawa podatkowego, dla określenia stawki podatku VAT ma znaczenie wyłącznie Polska Klasyfikacja Wyrobów i Usług, a nie kody CPV - vide: wyrok KIO z dnia 1 lutego 2011 roku sygn. KIO 108/11.

W związku z tym odwołujący był uprawniony do dokonania klasyfikacji towaru będącego przedmiotem umowy i na tej podstawie powinien przyjąć właściwą stawkę podatku VAT dla potrzeb obliczenia ceny. W ocenie odwołującego, złożone w toku postępowania wyjaśnienia

dotyczące wątpliwości zamawiającego co do prawidłowości zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 0% były wyczerpujące i powinny zostać uznane przez zamawiającego jako wystarczające do przyjęcia, iż złożona oferta zawiera prawidłowo obliczoną cenę (tj. przy zastosowaniu stawki podatku VAT w wysokości 0%).

Odwołujący zakwestionował przy tym twierdzenie zamawiającego, że wykonawca powinien dysponować dowodami potwierdzającymi prawidłowe sklasyfikowanie towaru, czy też wiążącą interpretację podatkową na dzień składania oferty. Przeczą temu zarówno obowiązujące przepisy ustawy, które nie wprowadzają tego rodzaju ograniczeń dla wykonawców, jak również przepisy o statystyce publicznej i Ordynacja podatkowa, które pozostawiają podatnikowi dowolność w zakresie wyboru momentu wystąpienia o wydanie odpowiednich interpretacji przez właściwy organ. Ponadto odwołujący podkreślił, że za powszechne i dopuszczalne należy uznać sytuacje, w których dopiero w toku postępowania czy to przed zamawiającym (po złożeniu oferty), czy to dopiero przed Krajową Izbą Odwoławczą występuje się i przeprowadza dowody z dokumentów w postaci opinii GUS, czy też indywidualnej interpretacji podatkowej - vide: wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2009 roku sygn. KIO/UZP 1660/09.

W tym kontekście odwołujący podniósł, iż w dniu 7 listopada 2016 roku zamawiający otrzymał od odwołującego opinię Urzędu Statystycznego w Łodzi z dnia 26 października 2016 roku, w której organ potwierdził prawidłowość dokonanej przez odwołującego klasyfikacji towaru (będącego przedmiotem niniejszego postępowania) jako „pogłębiarki, latarniowce, dźwigi pływające i pozostałe jednostki pływające” - PKWiU 30.11.33.0 (wniosek oraz odpowiedź organu w załączeniu). Z przedmiotowej informacji Urzędu Statystycznego w Łodzi wynika zaś, iż przedmiot zamówienia nie powinien być klasyfikowany jako holownik - PKWiU 30.11.32.0, co podważa stanowisko zamawiającego w tym zakresie. Podniósł, iż zamawiający w ogóle nie odniósł się do przedmiotowego dokumentu, który - zdaniem odwołującego - co najmniej uprawdopodobnia prawidłowość zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 0%. Podkreślił, iż organ dokonując oceny przedmiotu zamówienia dysponował opisem funkcjonalności statku zawartym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz.

Odwołujący podniósł, iż na podstawie powyższej informacji klasyfikacyjnej wystąpił w dniu 8 listopada 2016 roku do Ministra Rozwoju i Finansów o wydanie indywidualnej interpretacji podatkowej (w załączeniu wniosek). Niemniej do chwili obecnej wniosek nie został rozpoznany.

Zgodnie jednak z orzecznictwem KIO uzyskiwane przez zamawiającego, czy też wykonawcę interpretacje statystyczne oraz podatkowe wielokrotnie miały decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy - vide: wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2009 roku sygn. KIO/UZP 1660/09, wyrok KIO z dnia 6 lutego 2009 roku sygn. KIO/UZP 119/09, wyrok KIO z dnia 9

lipca 2014 roku sygn. KIO 1301/14, wyrok KIO z dnia 19 marca 2010 roku sygn. KIO/UZP 205/10. Mowa przy tym zarówno o interpretacjach uzyskanych na potrzeby prowadzonego postępowania, jak i wydanych w innych sprawach. W chwili obecnej zdaniem odwołującego należy przyjąć, iż odwołujący przedstawił dowody, które co najmniej uprawdopodobniają prawidłowość zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 0%. Natomiast zamawiający poza odwołaniem się do podstawowej stawki podatku VAT, nie przedstawił żadnych dodatkowych dowodów podważających ofertę odwołującego. Odwołujący wskazał, iż zarzut wadliwości obliczenia ceny (podstawy odrzucenia oferty) powinien zostać - zgodnie z art. 6 k.c. udowodniony przez zamawiającego. Dlatego, w ocenie odwołującego, przeprowadzenie dowodu z interpretacji podatkowej, o co wystąpił odwołujący, jest w pełni uzasadnione i powinno nastąpić przed rozstrzygnięciem niniejszej sprawy, bowiem będzie miało istotny wpływ na jej wynik.

Odwołujący podkreślił także, iż uzyskanie przedmiotowej interpretacji podatkowej jest uzasadnione z tego względu, iż wyłącznie organy podatkowe posiadają uprawnienia i kompetencje do rozstrzygania spraw podatkowych. Kompetencji takiej nie posiada w szczególności zamawiający, który - co istotne - jest wyłącznie odpowiedzialny za powstałe w toku niniejszego postępowania wątpliwości - zamawiający ani bowiem nie określił stawki podatku VAT, która miałaby mieć zastosowanie do przedmiotu zamówienia, ani nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, wykluczający wszelkie wątpliwości co do rodzaju statku, jaki jest przedmiotem zamówienia.

Odwołujący stoi na stanowisku, że wykazał, iż przedmiot zamówienia stanowi morski statek ratowniczy, a jego dostawa na rzecz zamawiającego powinna podlegać opodatkowaniu stawką VAT w wysokości 0% na podstawie art. 83 ust. 1 pkt 1 lit. b) ustawy o VAT, który zacznie obowiązywać z dniem 1 stycznia 2017 roku.

Zdaniem odwołującego, nie mniej istotnym zagadnieniem prawnym występującym w niniejszej sprawie jest także kwestia wpływu zmiany przepisów prawa na treść oferty. Analizując realia niniejszej sprawy zdaniem odwołującego należy bowiem wziąć pod uwagę, że w dniu 6 lipca 2016 roku została uchwalona ustawa o aktywizacji przemysłu okrętowego i przemysłów komplementarnych. Przedmiotowa ustawa została opublikowana w Dzienniku Urzędowym w dniu 10 sierpnia 2016 roku, a więc przed terminem składania ofert przez wykonawców. Zgodnie z przepisami przejściowymi ustawa wejdzie w życie w dniu 1 stycznia 2017 roku.

W art. 20 tej ustawy przewidziano również zmiany w ustawie o podatku od towarów i usług. Wprowadzone zmiany - zgodnie z intencją ustawodawcy - doprowadziły do poszerzenia katalogu dostaw, które objęte są stawką podatku VAT w wysokości 0%. Dotyczy to także używanych na morzu statków ratowniczych morskich (PKWiU ex 30.11.33.0) - wprowadzenie art. 83 ust. 1 pkt 1 lit. b).

W oparciu o powyższe, w ocenie odwołującego, wykonawcy na potrzeby niniejszego postępowania winni byli uwzględnić również w ofercie zmiany ustawy o podatku VAT, gdyż przedmiotowe regulacje znajdują zastosowanie do dostawy przedmiotu zamówienia (bezsporne pozostaje, że nie było jakichkolwiek możliwości by dostawa zamówionych jednostek morskich została zrealizowana wcześniej niż 1 stycznia 2017 roku). W sytuacji więc, w której istnieje pewność co do tego, że stan prawny ulegnie zmianie po dacie złożenia oferty, zmiana taka powinna zostać uwzględniona już w dacie jej składania. Formułowanie oferty na podstawie przepisów podlegających derogacji byłoby niecelowe i sprzeczne z ratio legis ustawodawcy wyrażonej w wymienionej wyżej ustawie o aktywizacji przemysłu okrętowego i przemysłów komplementarnych.

Dodał, iż zamawiający nie przewidział w siwz postanowień przewidujących mechanizm dostosowania wartości umowy do zmiany stawki podatku VAT. W siwz przewidziano jedynie dopuszczalność zmiany umowy w takiej sytuacji, przy czym zmiana taka wymaga konsensusu obu stron - innymi słowy wykonawca nie będzie zobligowany do obniżenia wysokości wynagrodzenia o 23% równe stawce podatku VAT, która począwszy od dnia 1 stycznia 2017 roku wynosi 0%. Stąd też akceptacja przez zamawiającego oferty przy zastosowaniu stawki podatku VAT w wysokości 23% byłoby działaniem wbrew własnemu interesowi - w ostateczności bowiem na skutek zmiany prawa zamawiający zapłaciłby wykonawcy wynagrodzenie w wysokości wyższej niż należne, gdyby przyjąć stawkę podatku VAT obowiązującą w chwili wykonywania umowy.

Nadto zdaniem odwołującego, zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy oraz postanowień siwz przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępujący, co skutkowało sprzecznym z prawem wyborem przedmiotowej oferty jako najkorzystniejszej.

W pierwszej kolejności odwołujący podniósł, iż o skutecznym złożeniu oferty przez wykonawcę, będącego spółką kapitałową, można mówić wyłącznie w przypadku gdy zostanie ona złożona przez osoby uprawnione do jej reprezentowania (uprawniony organ) oraz zgodnie z zasadami reprezentacji takiej spółki. W odniesieniu do wymienionego wykonawcy zgodnie z informacją ujawnioną w Krajowym Rejestrze Sądowym do reprezentowania spółki (w tym składania oświadczeń woli) wymagane jest współdziałanie prezesa i członka zarządu lub dwóch członków zarządu. Oznacza to, iż w spółce obowiązuje tzw. reprezentacja łączna - w konsekwencji oświadczenia woli, aby mogły być uznane za złożone w imieniu spółki w sposób ważny i skuteczny muszą pochodzić od co najmniej dwóch członków zarządu.

Odwołujący podkreślił, iż zgodnie z pkt VI.4 siwz „ofertę należy składać na formularzu ofertowym, którego wzór stanowi Załącznik nr 3 do siwz.". Natomiast zgodnie z pkt VI.6 siwz „oferta musi być podpisana przez osoby uprawnione do reprezentowania Wykonawcy".

Z treści siwz (pkt VI.4) wynika wprost, iż podstawowym dokumentem ofertowym jest

formularz ofertowy. W przedmiotowym dokumencie zawarto bowiem oświadczenia o złożeniu oferty, a w związku z tym skuteczne złożenie oświadczeń zawartych w przygotowanym przez zamawiającego formularzu decyduje o dalszym uczestnictwie wykonawcy w postępowaniu, a przede wszystkim przesądza o związaniu wykonawcy ofertą wobec zamawiającego.

W tym miejscu odwołujący podniósł, iż wykonawca Remontowa Shipbuilding S.A. z siedzibą w Gdańsku nie złożyła oferty w ramach niniejszego postępowania, albowiem formularz ofertowy nie został podpisany zgodnie z zasadami reprezentacji spółki (w załączeniu do odwołania odwołujący przedłożył kopię). Z treści wymienionego dokumentu wynika, iż podpis pod ofertą złożył wyłącznie prezes zarządu spółki - pod ofertą brak jest podpisu drugiego członka zarządu (na dokumencie widnieje wyłącznie pieczęć). Natomiast zgodnie z zasadami reprezentacji spółki, prezes zarządu nie jest uprawniony do jej samodzielnej reprezentacji.

W konsekwencji zgodnie z poglądami doktryny i orzecznictwa oświadczenie woli (w tym wypadku oferta) złożone z naruszeniem zasad reprezentacji spółki kapitałowej jest nieważne jako sprzeczne z prawem (art. 58 § 1 k.c.). W tym miejscu wskazać należy, iż Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 11 lipca 2012 roku (sygn. akt II CSK 744/11) uznał, że „czynność prawna dokonana przez fałszywy organ osoby prawnej (art. 39 k.c.) jest bezwzględnie nieważna i nie podlega konwalidacji, ponieważ art. 103 k.c., wobec braku luki w prawie, nie może do niej znaleźć zastosowania nawet w drodze analogii”. Z uzasadnienia wyroku wynika między innymi, że dopuszczenie możliwości stosowania na zasadzie analogii art. 103 § 1 i 2 k.c. do sytuacji określonej hipotezą art. 39 § 1 k.c. skutkowałoby wprowadzeniem stanu daleko idącej niepewności w obrocie gospodarczym, ponieważ potwierdzanie czynności prawnych mogłoby zależeć od tego, czy skutki takiego potwierdzenia byłyby korzystne czy niekorzystne dla strony uznanej za uprawnioną do dokonania potwierdzenia. Tego rodzaju uznaniowość nie może być w ocenie odwołującego akceptowana w toku postępowań o udzielenie zamówienia na podstawie ustawy ze względu na szczególny sposób wyboru oferty i procedury prowadzącej do zawarcia umowy. Aprobata tego rodzaju działań wykonawców prowadziłaby do paraliżu postępowania, zaś zamawiający w zasadzie nie dysponowałby instrumentami prawnymi, które pozwalałyby wyegzekwowanie od wykonawcy złożenia wiążącej oferty oraz zawarcia umowy, gdyż w zasadzie do tego momentu wykonawca mógłby swobodnie decydować o tym, czy złożoną ofertę podtrzyma, czy też nie. Zamawiający wyznaczył termin na złożenie oferty. Natomiast ewentualna dopuszczalność konwalidacji czynności prawnej wywoływałaby skutek *ex nunc*, czyli na przyszłość, co byłoby równoznaczne temu, że oferta (wskutek konwalidacji) zostałaby złożona po terminie składania ofert, a więc podlegałaby zwrotowi w trybie art. 84 ustawy - nie podlegałaby rozpatrzeniu i wyborowi.

Odwołujący podkreślił przy tym, iż kwestia dopuszczalności konwalidacji czynności prawnych dokonanych przez spółkę kapitałową z naruszeniem zasad jej reprezentacji - w realiach niniejszej sprawy - jest wykluczona, bowiem musiałaby dotyczyć czynności jednostronnej jaką jest złożenie oferty. Tymczasem przepis art. 103 k.c. dotyczy wyłącznie czynności dwustronnych. Natomiast zgodnie z art. 104 k.c. „jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna”, W tym zakresie przeciwne podglądy judykatury dopuszczające stosowanie w drodze analogii art. 103 k.c. są bezprzedmiotowe jako nieznajdujące zastosowania do czynności jednostronnych.

W tym kontekście oferta przystępującego w ocenie odwołującego powinna zostać uznana za sporządzoną z naruszeniem ustawy oraz wymogów przewidzianych w siwz.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 82 ust. 2 ustawy (w brzmieniu sprzed dnia 28 lipca 2016 roku) „ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej albo, za zgodą zamawiającego, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu.”. W związku z tym o zachowaniu formy pisemnej można mówić wyłącznie w sytuacji, w której oferta w imieniu spółki kapitałowej zostanie podpisana (art. 78 § 1 k.c.) przez osoby uprawnione do jej reprezentacji oraz zgodnie z zasadami reprezentacji obowiązującymi w spółce. W realiach niniejszej sprawy podpisanie oferty w imieniu Remontowa Shipbuilding S.A. z siedzibą w Gdańsku wyłącznie przez jednego członka zarządu skutkuje zdaniem odwołującego niezachowaniem formy, o której mowa w art. 82 ust. 2 ustawy. Natomiast niezachowanie bezwzględnego wymogu zachowania formy pisemnej powoduje bezwzględną nieważność czynności prawnej. Co istotne, brak zachowania formy pisemnej zastrzeżonej pod rygorem nieważności nie może być w żaden sposób konwalidowany. Nie zmienia tego fakt zapařowania pozostałych stron formularza ofertowego (co nota bene zostało dokonane również przez jedną osobę), jak również podpisanie zgodnie z zasadami reprezentacji spółki załączników do formularza ofertowego. Wynika to z faktu, iż podstawowa treść oferty została przewidziana w formularzu ofertowym - zawiera bowiem kluczowe oświadczenia woli, które decydują o złożeniu i związaniu ofertą, zaś załączniki mają jedynie charakter pomocniczy i techniczny.

Nadto zgodnie z pkt VI.6 siwz oferta powinna zostać podpisana przez osoby uprawnione do reprezentowania wykonawcy. W ocenie odwołującego oczywiste jest, że oferta nie została podpisana przez osoby uprawnione do reprezentowania Remontowa Shipbuilding S.A. z siedzibą w Gdańsku. W związku z tym oferta została sporządzona również z naruszeniem postanowień siwz.

Odwołujący zauważył także, iż ceny brutto poszczególnych etapów zostały podane w formularzu ofertowym w kwotach, których suma nie odpowiada łącznej cenie brutto - różnica

wynosi aż 53.010.113,30 zł, co pozostaje w sprzeczności z pkt VI.5 siwz.

Odwołujący podkreślił, iż oferta przystępującego podlegała odrzuceniu z uwagi na złożenie załączników do oferty, sporządzonych niezgodnie z wymogami siwz.

Zgodnie z pkt VI.5 siwz „ofertę wraz z oświadczeniami oraz załącznikami, dla których zostały opracowane wzory, należy wypełnić zgodnie z wzorami dokumentów, bez dokonywania zmian w ich treści”.

Tymczasem załączniki do oferty zawierają następujące błędy, które dyskwalifikują je w ocenie odwołującego w świetle wymogów zamawiającego zawartych w siwz:

1. załącznik nr 1 do formularza ofertowego zawiera błędy, które skutkują tym, iż w każdym z sześciu etapów wykonywania umowy dla pozycji „opracowanie dokumentacji klasyfikacyjnej” oraz dla pozycji „opracowanie dokumentacji warsztatowej” wykonawca w kolumnie nr 5 („wartość robocizny”) wskazał koszt „0”, podczas gdy wspomniany załącznik do siwz nakazywał obliczenie „wartości robocizny” jako iloczyn wartości z kolumn 3 i 4; biorąc pod uwagę, że kolumny nr 3 i 4 zostały wypełnione przez wykonawcę, kolumna nr 5 nie mogła zawierać kosztu na poziomie „0”; w konsekwencji łączna cena została zaniżona o kwotę 21.534.000,00 zł, co skutkowało błędnym określeniem ceny, która powinna wynieść 305.022.836,81 zł zamiast 283.488.836,81 zł;

2. w załączniku nr 3 wykonawca nie wskazał wartości kosztów pozyskania dokumentacji technicznej dla pozycji od 2 do 16; ponadto kolumna uwagi została wypełniona niezgodnie z wymaganiami zamawiającego, który zakazał zmian w treści wzorów dokumentów; odwołujący dodał, iż brak wypełnienia pozycji od 2 do 16 uniemożliwia zamawiającemu zweryfikowanie i ustalenie łącznego kosztu pozyskania dokumentacji technicznej; co istotne enigmatyczny komentarz zawarty w kolumnie „uwagi” potwierdza nienależyte rozeznanie rynku przez wykonawcę i brak wiedzy co do rzeczywistego kosztu sporządzenia przedmiotowej dokumentacji;

3. w formularzu ofertowym (pkt 10) wykonawca oświadczył, że realizacja przedmiotu zamówienia zostanie powierzona podwykonawcom. Tymczasem w załączniku nr 2 w punktach 4a i 4b „koszty kooperacji” i „koszty obsługi kooperacji” określono jako „0”, co zdaniem odwołującego prowadzi do oczywistej sprzeczności wymienionych dokumentów, uniemożliwiającej zamawiającemu dokonanie weryfikacji oferty w tym zakresie.

Zdaniem odwołującego, powyższe niezgodności oferty (załączników do oferty) z siwz mają charakter istotny i nieusuwalny.

Co więcej, powyższe uchybienia, zdaniem odwołującego, stanowią także błędy w obliczeniu ceny, które również powinny skutkować odrzuceniem kwestionowanej oferty. Dotyczy to w szczególności błędów, o których mowa pod punktem 1 powyżej, w którym wykazano, że faktycznie cena z oferty wykonawcy winna zostać podwyższona do kwoty 305.022.836,81 zł. Tego rodzaju rozbieżność nie może być zaś traktowana jako oczywista omyłka podlegająca

korekcie bez konsekwencji dla wyniku postępowania o udzielenie zamówienia. Zdaniem odwołującego, oczywiste jest, że wymienione pozycje - ze względu na swój charakter i ścisły związek z wykonaniem przedmiotu zamówienia - nie mogły być skalkulowane przez wykonawcę jako „0”. Podkreślił, iż błąd w obliczeniu ceny, którego nie można poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy, to błąd, którego poprawienie z obiektywnych względów jest niedopuszczalne, przykładowo z uwagi na to, że taka korekta ingerowałaby w sposób nieuprawniony w treść oświadczenia woli wykonawcy - taka sytuacja występuje w kwestionowanej ofercie, bowiem prawidłowe określenie kosztów wykonania dokumentacji, a także kosztów kooperacji, skutkowałoby znaczącym podwyższeniem ceny (istotną zmianą treści oferty) - vide: wyrok KIO z dnia 30 lipca 2010 roku sygn. KIO 1528/10, gdzie wskazano m.in., że opisane wyżej sytuacji znajduje zastosowanie w przypadku „oferty, z której treści (przykładowo w części opisującej kalkulację) będzie wynikała sprzeczność tego rodzaju, że niewątpliwie będzie, że zaoferowana za wykonanie zamówienia cena nie jest tą, której wykonawca oczekuje.”. Innymi słowy w takiej sytuacji oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy, co powinno nastąpić względem oferty Remontowa Shipbuilding S.A. z siedzibą w Gdańsku.

Odwołujący podkreślił, iż oferta przystępujący oraz oferta konsorcjum wykonawców Stoczni Marynarki Wojennej S.A. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Gdyni oraz Damen Shipyards Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni zawierają rażące błędy w obliczeniu ceny.

W ocenie odwołującego, kwestionowane oferty zawierają błąd polegający na przyjęciu, iż ceny powinny zostać skalkulowane przy przyjęciu stawki podatku VAT w wysokości 23%. Natomiast jak wynika z rozważań zawartych w początkowej części uzasadnienia odwołania w realiach niniejszej sprawy przedmiot zamówienia (towar) winien być opodatkowany stawką podatku VAT w wysokości 0%. W związku z tym w pełni aktualna pozostaje powyżej przywołana argumentacja.

Odwołujący nadto wskazał, iż zgodnie z treścią protokołu postępowania w pozycji 19 brak jest podpisu sekretarza komisji przetargowej kmdr ppor. W. W. . Zdaniem odwołującego, okoliczność ta przesądza o tym, że w dniu 16 listopada 2016 roku nie zakończono prac komisji, a w związku z tym nie mogło dojść w tym samym dniu do wyboru oferty. Z tego też względu czynności wyboru oferty powinna podlegać unieważnieniu.

W dniu 25 listopada 2016r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 28 listopada 2016r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Remontowa Shipbuilding z siedzibą w Gdańsku, ul. Swojska 8 wnosząc o oddalenie odwołania oraz wskazując, że w sytuacji, gdy jego oferta została uznana za najkorzystniejszą uwzględnienie odwołania skutkowałoby odrzuceniem oferty

zgłaszającego i utratą możliwości uzyskania zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa i członka zarządu, dla których nie wykazano umocowania do działania w imieniu zgłaszającego za pomocą wyciągu/odpisu z właściwego organu rejestrowego. Nie dołączono także dowodów przekazania kopii odwołania zamawiającemu i odwołującemu, choć w treści zgłoszenia znajduje się oświadczenie o ich przekazaniu.

W dniu 8 grudnia 2016r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty odwołania.

Przystępujący na posiedzeniu przed Izbą wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, treści siwz, pisma NAUTA z dnia 16 sierpnia 2016r. nr 17294, oferty odwołującego i oferty przystępującego i konsorcjum wykonawców Stoczni Marynarki Wojennej S.A. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Gdyni oraz Damen Shipyards Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni, informacji o poprawie omyłek w ofercie przystępującego, informacji o wyniku postępowania, protokołu postępowania, wniosku z dnia 19 października 2016r. o dokonanie klasyfikacji statystycznej, informacji GUS z dnia 26 października 2016r., wniosku z dnia 8 listopada 2016r. o wydanie indywidualnej interpretacji podatkowej.

Izba oddaliła wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budowy statków na okoliczność, czy jednostka, będąca przedmiotem zamówienia jest statkiem ratowniczym morskim oraz wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z indywidualnej interpretacji podatkowej na okoliczność podlegania przedmiotu zamówienia opodatkowaniu stawką podatku VAT w wysokości 0%; uznając, że powołane dowody zostały powołane jedynie dla zwłoki, gdyż nie mają istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia. Podstawowym zagadnieniem, które Izba musi rozstrzygnąć, jest kwestia prawna stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych i dla jej rozstrzygnięcia nie jest konieczne ustalenie czy faktycznie przedmiotem zamówienia jest statek ratowniczy morski.

Z ogłoszenia o zamówieniu wynika, że

Dostawa ma na celu pozyskanie jednostek służących do zabezpieczenia technicznego i prowadzenia działań ratowniczych na morzu pk. „Holownik” przeznaczonych do

- 1) Zabezpieczenia bojowego i specjalnego oraz wsparcia logistycznego działań okrętów na morzu i w portach, niezależnie od warunków meteorologicznych (również w warunkach zalodzenia), w tym:

- a) wykonywania prac holowniczych,
 - b) wykonywania zadań związanych z ewakuacją techniczną,
 - c) wsparcia akcji ratowniczych związanych z ewakuacją techniczną w ramach zespołu MZR (Morskiego Zespołu Ratowniczego)
- 2) przewozu środków zaopatrzenia i osób na i z jednostek pływających, na przybrzeżnych akwenach,
 - 3) podejmowania z wody torped.

Holownik powinien zapewniać:

- 1) możliwość świadczenia szerokiego zakresu prac holowniczych dla okrętów i pomocniczych jednostek pływających
- 2) Wykonywanie zadań związanych z ewakuacją techniczną,
- 3) Samodzielne lub we współdziałaniu z innymi jednostkami prowadzenia akcji poszukiwania i ratowania życia ludzkiego na morzu,
- 4) Możliwość ratowania techniki morskiej i udzielanie pomocy uszkodzonej jednostce w zakresie walki z wodą i pożarami, holowania, ściągania z mielizny, awaryjnego zasilania uszkodzonych jednostek,
- 5) Przewóz środków zaopatrzenia i osób na i z jednostek pływających przebywających na przybrzeżnych akwenach,
- 6) Podejmowanie z wody i transport uzbrojenia torpedowego,
- 7) Możliwość neutralizacji skutków zanieczyszczeń ropopochodnych.

Izba na podstawie siwz ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest dostawa pn. Zabezpieczenie techniczne i prowadzenia działań ratowniczych na morzu pk. „HOLOWNIK”. Realizacja zamówienia polega na zaprojektowaniu i wybudowaniu 6 sztuk jednostek pływających typu holownik służących do zabezpieczenia technicznego i prowadzenia działań ratowniczych na morzu. Zakres przedmiotowy zamówienia został określony w załączniku nr 1 do siwz. CPV to 35513000 Stawiacze min i okręty pomocnicze. W pkt. VI.22 zamawiający wskazał, że ofertę składa się pod rygorem nieważności w formie pisemnej. Zamawiający nie dopuścił składania oferty w postaci elektronicznej. Zgodnie z pkt. VI.6 oferta musi być podpisana przez osoby uprawnione do reprezentowania wykonawcy. Jeżeli uprawnienie takie nie wynika wprost z dokumentu potwierdzającego status prawny wykonawcy, do oferty należy dołączyć oryginał stosownego pełnomocnictwa lub jego kopię poświadczoną notarialnie za zgodność z oryginałem. W pkt. VIII zamawiający opisał sposób obliczenia ceny oferty i wskazał, że przez cenę ofertową należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 9 maja 2014r. o informowaniu o cenach towarów i usług. Cena oferty wykonawcy musi obejmować wszystkie elementy cenotwórcze, w tym w szczególności zysk wykonawcy, cła podatki, koszty produkcji, transportu, ubezpieczenia, tłumaczeń, dokumentów, przechowywania do czasu odbioru przedmiotu przez wykonawcę, koszty

szkoleń (cena brutto)/ Cena oferty (brutto) powinna być wyrażona w jednostkach pieniężnych (w złotych polskich) z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Przy wyliczaniu ceny oferty na każdym etapie jej wyliczania, należy ją określić z dokładnością do pełnych groszy według zasad określonych w zaproszeniu do składania ofert. Jeżeli w postępowaniu zostanie złożona oferta, której wybór prowadziłby do powstania obowiązku podatkowego zamawiającego na podstawie przepisów o podatku od towarów i usług, zamawiający w celu oceny takiej oferty doliczy do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek odprowadzić zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Zgodnie z załącznikiem nr do siwz :

- pkt. 3.1.1. odpowiada określeniu przedmiotu zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu
 - pkt. 3.2.8 liczebność załogi – nie mniej niż 10 osób,
 - pkt. 3.6.2.2.5 požądane będzie zastosowanie kotwic o podwyższonej sile trzymania,
 - pkt. 3.6.2.7.2 należy uwzględnić możliwość przewożenia na krótkich dystansach do 12 pasażerów w pomieszczeniach osłoniętych (mesa okrętowa)
 - pkt. 3.6.2.7.4 należy zaplanować co najmniej m. in. ogólnodostępny blok sanitarny, kuchnię magazyny prowiantu wraz z szafami chłodniczymi w wykonaniu morskim
 - pkt. 3.6.2.11.3 do podejmowania rozbitków z wody należy wyposażyć jednostkę w co najmniej siatki ratownicze – 2 szt LB i PB, drabinki pokładowe 2 szt. LB i PB
 - pkt. 3.6.2.11.4 rufowa część pokładu głównego powinna umożliwiać podejmowanie osób lub ładunków przez śmigłowiec w zawisie
 - pkt. 3.6.3.21 – dla jednostek należy przewidzieć instalację gaśniczą umożliwiającą gaszenie obiektów zewnętrznych spełniającą wymagania klasy Fire Fighting 1 zgodnie z przepisami towarzystwa klasyfikacyjnego nadzorującego budowę jednostek. Należy uwzględnić odpowiednie zabezpieczenie instalacji związanej z posiadaniem odpowiedniej klasy lodowej przez planowane do pozyskania jednostki
 - pkt. 3.6.5.24 każda jednostka powinna być wyposażona m. in. w komplet przewodów do podłączenia zasilania z łądu i pobierania zasilania na inną jednostkę
 - pkt. 3.6.7 wyposażenie nawigacyjne
- Pkt. 3.6.7.1 System nawigacyjny ma wspomagać załogę w realizacji zadań nawigacyjnych, holowniczych i zadań SAR,
- Pkt. 3.6.7.3 Zintegrowany Mostek Nawigacyjny ma zapewnić ukończenie i pełną integrację wszystkich urządzeń nawigacyjnych i innych systemów w celu realizacji postawionych zadań ujętych w SOPZ
- Pkt. 3.6.7.7. podsystem nawigacji ma zabezpieczyć możliwość realizacji przez holownik szczegółowych zadań nawigacyjnych tj. dokładne określanie położenia okrętu, określanie parametrów ruchu holownika itp.
- Pkt. 3.6.8.2.1. jednostkę należy wyposażyć m. in. w system do rozpylania dyspersantu.

Na str. 1 oferty odwołującego w pkt. 1 odwołujący wskazał „w tym VAT 0,00 PLN (słownie: zero złotych)

Na str. 1 oferty firm Damen i Stoczni Marynarki Wojskowej wskazano brutto 315 513748,51 PLN, w tym VAT 58 998 505,82 PLN

Na str. 1 oferty przystępującego wskazano brutto 283 488 842,42 PLN, w tym VAT 53 010 107,70 PLN. Str 1- 4 nie są parafowane. Na str. 5 znajdują się pieczęci imienne Prezesa zarządu M. F. i Członka zarządu W. N., przy czym występuje podpis tylko przy pieczęci prezesa zarządu. Na pozostałych dokumentach załączonych do oferty znajdują się podpisy pod oba pieczęciami imiennymi takimi samymi jak w formularzu ofertowym. W pkt. 10 formularza ofertowego przystępujący oświadczył, że realizację przedmiotu zamówienia powierzy podwykonawcom.

Na str. 6-8 znajduje się zastawienie kosztów - załącznik nr 1 do formularza ofertowego, gdzie dla każdego etapu w pozycji opracowanie dokumentacji klasyfikacyjnej podano ilość 4518, stawkę robocizny 250 wartość robocizny 0,00, wartość materiałów 0,00, inne koszty 1 129 509 i koszt 1 129 509,18zł. i w pozycji opracowanie kosztów dokumentacji warsztatowej podano ilość 9840, stawkę robocizny 250 wartość robocizny 0,00, wartość materiałów 0,00, inne koszty 2 460 000 i koszt 2 460 000. Przemnożenie 4518 i 250 wynosi 1129 500, zaś przemnożenie 9840 i 250 wynosi 2 460 000, czyli przy sześciu etapach łącznie stanowi to wartość 21 537 000zł.

Na str. 9 oferty przystępującego znajduje się załącznik nr 2 do formularza ofertowego, gdzie w poz. 4 a i 4b podano koszty kooperacji 0,00zł., koszty obsługi kooperacyjnej 0,00zł.

Na str. 10 znajduje się załącznik nr 3 do formularza ofertowego, gdzie w poz. 2 – 16 nie podano wartości ani ceny jednostkowej wskazując jednocześnie, że dokumentacja w tych pozycjach jest opracowywana przez producentów/dostawców urządzeń. Ustalenie ceny jednostkowej poszczególnych pozycji jest niemożliwe do ustalenia z uwagi na brak wyspecyfikowanych kosztów w ofertach dostawców – autorów przedmiotowej dokumentacji. Kosz poz. 2 – 16 włącznie ujęto w pozycji materiały w załączniku nr 2 do formularza ofertowego.

W dniu 12 września 2016r. zamawiający pismem znak XI/10596/16 wezwał odwołującego do wyjaśnienia podstawy przyjęcia stawki VAT w wysokości 0% oraz przedstawienia na tę okoliczność dowodów.

W dniu 22 września 2016r. odwołujący odpowiedział wnosząc o udzielenie mu czasu na przedstawienie informacji klasyfikacyjnej Głównego Urzędu Statystycznego – Ośrodka Klasyfikacji i Nomenklatur w Łodzi oraz indywidualnej interpretacji podatkowej, nie mniej jednak podając ustalenia treści ogłoszenia i siwz w zakresie przedmiotu zamówienia odwołujący stanął na stanowisku, że przedmiotem zamówienia jest morski statek ratowniczy, którego dostawa podlega zastosowaniu stawki 0% zgodnie z art. 83 ust. 1 pkt. 1 lit. g ustawy

o VAT. W ocenie odwołującego statek powinien być sklasyfikowany w PKWiU pod pozycją 30.11.33.0 – pogłębiarki, latarniowce, dźwigi pływające i pozostałe jednostki pływające i to klasyfikacja wyrobów i usług ma rozstrzygające znaczenie dla ustalenia przedmiotu opodatkowania.

W dniu 6 października 2016r. zamawiający pozyskał opinię prawną z której wynika, że zamawiający nie ma obowiązku z mocy ustawy udzielać odwołującemu dodatkowego terminu na przedstawienie dowodów na zastosowanie prawidłowej stawki podatkowej i jednocześnie opiniujący stwierdził, że art. 83 ust. 1 pkt. 1 lit. g ustawy o VAT nie może mieć zastosowania w przedmiotowej sprawie, gdyż zamawiający nie jest armatorem morskim.

W dniu 7 października 2016r. zamawiający dokonał poprawy omyłek rachunkowych w ofercie przystępującego tj. w załączniku nr 1 poprawił wyniki iloczynów i sum w we wszystkich pozycjach poza pozycją opracowanie dokumentacji warsztatowej, były to korekty w przedziale od 0,40zł. do 26,89zł.co obniżyło cenę oferty o kwotę 230,81zł.

Zamawiający poprawił także załącznik nr 2 przy czym nie podał sposobu jego poprawy i podstaw przyjętych korekt, jednak doprowadził do zgodności z wyliczoną przez siebie sumą uwzględniającą korektę wynikającą z poprawy załącznika nr 1. Dokonał także poprawy formularza ofertowego we wszystkich elementach ceny uwzględniając wyniki otrzymane z dokonanej przez siebie korekty załącznika nr 1.

Okolicznością nie sporną był fakt nie podpisania poz. 19 protokołu postępowania przez sekretarza komisji przetargowej, sporna była jedynie ocena konsekwencji prawnych tego faktu. Termin składania ofert upłynął w dniu w dniu 31 grudnia 2016r.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, co wypełnia przesłanki dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy w zw. z art. 6 k.c. przez odrzucenie oferty odwołującego z powodu błędu w obliczeniu ceny wynikającego z zastosowania nieprawidłowej stawki podatku VAT, podczas gdy statek będący przedmiotem zamówienia stanowi statek ratowniczy morski, którego dostawa jest

opodatkowana stawką podatku VAT w wysokości 0%;

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny. Przepis art. 14 ust. 1 ustawy wskazuje, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z art. 6 kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. W myśl art. 7 ust. 1 ustawy zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Ten ostatni przepis ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, gdyż w ocenie Izby nie jest sporne pomiędzy stronami, że art. 83 ust. 1 pkt. 1 lit. g ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług Dz.U.2016.710 j.t. z późn. zm. na dzień składania ofert to jest na dzień 31 sierpnia 2016r. stanowił, że stawkę podatku w wysokości 0% stosuje się do dostaw armatorom morskim statków szkolnych i badawczych rybołówstwa morskiego oraz statków ratowniczych morskich (PKWiU ex 30.11.33.0). Natomiast od 1 stycznia 2017r. tej przepis będzie miał nadane brzmienie stawkę podatku w wysokości 0% stosuje się do dostaw statków szkolnych i badawczych rybołówstwa morskiego oraz statków ratowniczych morskich (PKWiU ex 30.11.33.0). W konsekwencji na dzień składania ofert, aby wykonawca mógł obliczyć cenę oferty z zastosowaniem stawki 0% musiałby wykazać, że zamawiający jest armatorem morskim i że przedmiotem dostawy jest statek ratowniczy morski, zaś po 1 stycznia 2017r. wystarczające byłoby wykazanie, że przedmiotem dostawy jest statek ratowniczy morski. Odwołujący jak wynika wprost z odwołania oraz wniosku o wydanie indywidualnej interpretacji podatkowej przyjął, że powinien obliczyć cenę oferty przyjmując przyszły pewny stan prawny tj., że w dacie rozpoczęcia realizacji zamówienia będzie mógł skorzystać ze stawki preferencyjnej, o ile wykaże, że statek jest statkiem ratowniczym morskim. Podczas, gdy przystępujący zastosował stawkę podstawową uznając, że powinien obliczyć cenę z uwzględnieniem stawki obowiązującej na datę składania ofert i jak sam oświadczył na rozprawie na tę datę należało wykazać spełnienie dwóch przesłanek przedmiotowej – statek ratowniczy morski i podmiotowej dostawa na rzecz armatora morskiego. W ocenie Izby nie sporne było pomiędzy stronami, że zamawiający nie jest armatorem morskim w rozumieniu art. 7 ustawy z dnia 18 września 2001r. Kodeks Morski (Dz. U. t.j. z 2016r. poz. 66 z późna. zm.) w związku z art. 6 Kodeksu Morskiego, które to przepisy stanowią, że Armatorem jest ten, kto we własnym imieniu uprawia żeglugę statkiem morskim własnym lub cudzym. Z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie, nie stosuje się Kodeksu morskiego do jednostek pływających Marynarki Wojennej, Straży

Granicznej oraz Policji. W świetle tego, że przedmiotem sporu jest w istocie to, czy na gruncie ustawy da się ustalić moment, na który wykonawcy powinni ustalać stawkę podatkową. W tym znaczeniu Izba uznała, że ustalenie stanu faktycznego, co do tego czy statek zamawiany przez zamawiającego jest statkiem ratowniczym morskim ma drugorzędne znaczenie. W ocenie Izby istnieje ugruntowane i jednolite orzecznictwo Izby, z którego wynika, że nie da się pogodzić z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji poglądu, że stawka podatkowa, na podstawie której dokonuje się obliczenia ceny ofertowej ma być ustalana na podstawie zdarzeń prawnych, które nastąpią lub mogą nastąpić w toku realizacji zamówienia. W ocenie Izby rację należy przyznać przystępującemu, że jedynym pewnym momentem znanym wszystkim wykonawcom w jednakowy sposób jest moment terminu składania ofert. Tylko w tej dacie wszyscy wykonawcy dysponują tymi samymi informacjami pozwalającymi im na ustalenie, jaka jest obowiązująca stawka podatku VAT. Gdyby przyjąć tok rozumowania odwołującego, to oznaczałoby to tak naprawdę nałożenie na wykonawcę konieczności przewidywania jaka będzie obowiązująca stawka podatkowa w całym toku realizacji umowy. Przy podejściu odwołującego należałoby oczekiwać, że będzie on prognozował stawkę nie tylko na rok 2017r., a także przewidi jej wysokość w każdym roku realizacji zamówienia. W ocenie Izby to oczekiwanie jest nierealne i prowadziłoby do sytuacji nieporównywalności ofert, bo ktoś założyłby niezmiennosc stawki w całym toku realizacji umowy, a inny uznawałby, że stawka ta w jakimś okresie czasu będzie zmieniona. Dlatego w ocenie Izby w ugruntowanym orzecznictwie przyjęto, że jedynie ustalenie stawki podatku VAT dla celów obliczenia ceny oferty na datę składania ofert zapewni ich porównywalność. Teza ta jest wyrażana w jednakowy sposób niezależnie od tego na jakim stopniu zaawansowania znajdują się prace legislacyjne, ani od tego, czy dane przepisy zostały już uchwalone. W tym stanie rzeczy Izba stanęła na stanowisku, że ponieważ przepis art. 83 ust. 1 pkt. 1 lit. g ustawy o VAT w dacie obowiązującej na dzień składania oferty dotyczył jedynie dostaw armatorom morskim, a zamawiający takim armatorem nie jest, to odwołujący choćby z tego powodu nie wykazał, że miał prawo do zastosowania stawki preferencyjnej 0%. W konsekwencji Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy przez jego zastosowanie wobec oferty odwołującego i jej odrzucenie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w zw. z art. 58 § 1 k.c. przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo tego, że oferta jest nieważna z uwagi na jej sporządzenie z naruszeniem zasad reprezentacji tej spółki

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy w zw. z art. 82 ust. 2

ustawy (w brzmieniu sprzed dnia 28 lipca 2016 roku) w zw. z art. 78 § 1 k.c. przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo tego, że została sporządzona niezgodnie z ustawą;

Powyższe zarzuty Izba rozpozna łącznie.

Zarzuty zasługują na uwzględnienie częściowo. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 8 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jest niezgodna z ustawą, a także gdy oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Przepis art. 82 ust. 2 ustawy stanowi, że ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej albo, za zgodą zamawiającego, w postaci elektronicznej, opatrzoną bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Przepis art. 78 § 1 kodeksu cywilnego wskazuje, że dla zachowania formy pisemnej oświadczenia woli wystarczy złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. W myśl art. 58. § 1 kodeksu cywilnego czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy. Przepis art. 38 kodeksu cywilnego stanowi, że osoba prawna działa przez swoje organy w sposób przewidziany w ustawie i w opartym na niej statucie. Zgodnie z art. 103. § 1 kodeksu cywilnego jeżeli zawierający umowę jako pełnomocnik nie ma umocowania albo przekroczy jego zakres, ważność umowy zależy od jej potwierdzenia przez osobę, w której imieniu umowa została zawarta. Natomiast art. 104 kodeksu cywilnego wskazuje, że jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Jednakże gdy ten, komu zostało złożone oświadczenie woli w cudzym imieniu, zgodził się na działanie bez umocowania, stosuje się odpowiednio przepisy o zawarciu umowy bez umocowania. Nadto przepis art. 26 ust. 3 ustawy stanowi, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożą wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Pomiędzy stronami nie było sporne, że na formularzu ofertowym podpisał się jedynie prezes

zarządu. Co oznacza, że formularz ofertowy został złożony w formie pisemnej, bo znajduje się na nim podpis M. F. . Pozostałe załączniki były podpisane przez prezesa zarządu i członka zarządu. Izba przy rozstrzygnięciu wzięła pod uwagę także art. 14 ust. 1 ustawy cytowany wyżej. Z normy tej wynika, że przepisy kodeksu cywilnego mają wprost zastosowanie do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale jedynie w sytuacji, gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy brak pełnomocnictwa jest brakiem usuwalnym. Tym samym sam fakt złożenia oferty przez podmiot, który tego umocowania nie wykazał, nie może być a priori uznany za czynność prawną nieważną, gdyż czynność jednostronną dokonaną przez osobę pełnomocnika działającego bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu – art. 104 kc. Nie jest to także czynność zgodna z ustawą, gdyż oferta powinna być podpisana przez osoby umocowane do działania w imieniu składającego ofertę, a takie umocowanie niewątpliwie z tej oferty nie wynika. W ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy, gdyż w ocenie Izby odwołujący nie wykazał na podstawie jakich odrębnych przepisów, które miałyby w niniejszej sprawie zastosowania oferta przystępującego jest nieważna. Oferta ta niewątpliwie została podpisana własnoręcznym podpisem, zaś ustawa nakazuje uzupełniać braki pełnomocnictw. Tym samym jedynie częściowo rację należy przyznać odwołującemu, który zarzuca zamawiającego, że dokonał wyboru oferty, która nie była ofertą zgodną z ustawą. W ocenie Izby zarzut ten obejmuje także zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy, to jest zaniechania przez zamawiającego wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, gdyż zarzut zaniechania odrzucenia oferty jest zarzutem dalej idącym. Tym samym Izba stoi na stanowisku, że rozstrzygnięcie tego zarzutu w części obejmującej nieprawidłową czynność zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej pozostaje w zakresie kognicji Izby wynikającej z art. 192 ust. 2 ustawy i w tym zakresie nie podziela stanowiska przystępującego. Sam fakt, że pozostałe załączniki oferty zostały podpisane przez osoby umocowane do reprezentacji przystępującego w ocenie Izby nie daje podstaw do przyjęcia, że formularz oferty nie mógł być podpisany przez prezesa zarządu jako pełnomocnika przystępującego, gdyż z doświadczenia życiowego Izby wynika, że oferta wraz ze wszystkim załącznikami nie powstaje jednego dnia i różne jej załączniki mogą być podpisywane przez różne osoby, czy to jako organy, czy pełnomocników. Może być to spowodowane różnymi zdarzeniami tak losowymi – choroba, czy występującymi w spółce – delegacje, wykonywanie innych obowiązków w danym czasie. Ważne jest natomiast, że zamawiający nie powinien dokonać wyboru oferty obarczonej brakiem podlegającym obowiązkowemu uzupełnieniu w rozumieniu art. 26 ust. 3 ustawy. W ocenie Izby zatem nie ma w tym stanie prawnym zastosowania norma art. 58 § 1 kc w związku z art. 39 kc i w związku z art. 104 kc. Izba w całej rozciągłości popiera i uznaje za własną uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 24 kwietnia

2014r. sygn. akt III CZP 17/14. Natomiast w ocenie Izby powołana wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 stycznia 2012r. sygn. akt I CSK 373/11, choć Izba uważa go za słuszny i w pełni podziela, to jednak nie ma zastosowania dla niniejszej sprawy, gdyż ustawa Prawo zamówień publicznych jest aktem szczególnym w stosunku do kodeksu cywilnego i nakazuje wszelkie braki pełnomocnictw uzupełniać w myśl art. 26 ust. 3 ustawy. Izba zauważa, że pełnomocnictwa nie muszą wyłącznie wykazywać umocowania do działania w imieniu wykonawcy, ale są też pełnomocnictwa wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, do poświadczania za zgodność z oryginałem dokumentów własnych wykonawcy, jak i pełnomocnictwa do działania w imieniu podmiotów trzecich, czy do poświadczania dokumentów tych podmiotów itp. Zatem zamawiający powinien zadbać, aby każdy dokument pełnomocnictwa, którego zamawiającemu braku w ofercie był uzupełniony w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, tak aby miał pewność umocowania do działania osób przed nim występujących. W tym stanie rzeczy Izba podzielając zarzut odwołującego, że wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił z naruszeniem przepisów ustawy, uwzględniła odwołanie nakazując zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym dokonanie czynności wezwania przystępującego do uzupełnienia pełnomocnictwa dla M. F. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z pkt VI.4 siwz w zw. z pkt VI.6 siwz przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępujący pomimo tego, że została sporządzona niezgodnie z wymogami siwz;

Zarzut potwierdził się częściowo. Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Bezsporne jest, że zamawiający wymagał aby oferta została podpisana przez osoby umocowane do działania w imieniu wykonawcy i żeby jeżeli to umocowanie nie wynika z dokumentów rejestrowych do oferty załączono pełnomocnictwo. Bezsporne jest również, że umocowanie do samodzielnego działania dla M. F. nie wynika z dokumentów rejestrowych, a pełnomocnictwa dla niego nie dołączono. W tym stanie prawnym Izba podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w rozstrzygnięciu zarzutu poprzedzającego, to jest, że zamawiający w takiej sytuacji powinien był skorzystać z art. 26 ust.3 ustawy i wezwać przystępującego do uzupełnienia braku pełnomocnictwa. W konsekwencji Izba nakazując zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym dokonanie czynności wezwania przystępującego do uzupełnienia pełnomocnictwa dla M. F. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z pkt VI.4 siwz w zw. z pkt VI.5 siwz przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo dołączenia do oferty załączników wypełnionych niezgodnie z wymaganiami siwz oraz

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo tego, że oferta w zakresie wysokości ceny jest wewnętrznie sprzeczna, jak również cena została błędnie obliczona tj. pozostaje w sprzeczności z danymi wynikającymi z kalkulacji kosztów i zestawienia kosztów

Izba postanowiła rozpoznać zarzuty łącznie. Zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Przytoczenie podstaw prawnych rozstrzygnięcia nastąpiło przy rozstrzygnięciu zarzutów poprzedzających, tym samym Izba odstępuje od ich kolejnego przytaczania. Co do zarzutu wewnętrznej sprzeczności oferty i błędnego obliczenia ceny tj. w sprzeczności z danymi wynikającymi z kalkulacji kosztów i zestawienia kosztów, to zarzut ten jest niezasadny i oparty na wadliwie ustalonym stanie faktycznym. Odwołujący pominął bowiem, że zamawiający dokonał poprawy omyłek rachunkowych w ofercie przystępującego, o czym go poinformował, zatem na datę wyboru oferty najkorzystniejszej nie było rozbieżności pomiędzy tak poszczególnymi etapami podanymi w formularzu ofertowym, a podanym tam wynagrodzeniem, ani pomiędzy załącznikiem nr 1 i formularzem ofertowym. Również cena z formularza ofertowego za całość oferty jest zgodna z ceną podaną w załączniku nr 2 po dokonaniu poprawy. Tym samym zarzut nie znajduje odzwierciedlenia w stanie faktycznym, zaś zarzutów, co do sposobu poprawy przez zamawiającego oferty przystępującego odwołujący nie formułował.

Co do zarzutu nie podania w kolumnie 5 dla kosztów dokumentacji konstruktorskiej i warsztatowej wartości robocizny jako iloczynu ilości i stawki roboczogodziny, to zarzut ten w ocenie Izby jest niezasadny tak na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy jak i art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy. Izba zauważa, że przemnożenie ilości i stawki dane kwoty podane w kolumnie inne koszty oraz w kolumnie razem (po dokonaniu poprawy przez zamawiającego), a więc nie jest to niezgodność treści oferty z treścią siwz, gdyż przystępujący określone działanie arytmetyczne wykonał i podał stawkę roboczogodziny. Może być to jedynie uchybienie co do formy prezentacji wyniku nie w tej kolumnie, w której zamawiający oczekiwał podania kosztu, a zatem przepis art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy nie ma zastosowania. Nadto nie jest to błąd w obliczeniu ceny, gdyż wynik mnożenia ilości i stawki jest prawidłowy i prawidłowo przepisany do wartości łącznej. W zakresie załącznika nr 2 to w ocenie Izby również ustalony stan faktyczny nie nadaje się do dokonania subsumpcji pod powołane normy prawne. Rzeczywiście przystępujący nie podał kosztów kooperacji tj. podał 0,00zł., jednak odwołujący zarzucając naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy powołał się jedynie na to, że załączniki miały być wypełnione zgodnie ze wzorcem. Ze wzorca wynika, że cena ma być podana do

dwóch miejsc po przecinku, zgodnie z ustawą z dnia 9 maja 2014r. o informowaniu o cenach towarów i usług. Brak jest jednak wykazania, że zamawiający wprost nakazywał wycenić w ofercie koszt podwykonawstwa i podać konkretną wartość pieniężną. Odwołujący nie wykazał, że istnieją postanowienia siwz, które podanie wartości 0,00 będą traktować jako wypełnienie załącznika niezgodnie z wzorcem, a powołana dokładność przedstawiania wartości pieniężnych została zastrzeżona dla cen, a nie dla kosztów. Nadto argument odwołującego, że nie podanie kosztu kooperacji podróży na etapie wykonawstwa ofertę, to z tym nie należy się zgodzić, gdyż jak słusznie zauważył przystępujący cena w niniejszej sprawie ma charakter ryczałtowy, zatem jeśli przystępujący wadliwie wycenił koszt kooperacji na zero złotych, to jego obciąża ryzyko takiej kalkulacji i nie będzie mógł żądać podwyższenia ceny, aby zrekompensować sobie swój błąd. Nie można też przyjąć, że podanie kosztu zero złotych stanowi błąd w obliczeniu ceny, skoro zamawiający dopuszczał samodzielne wykonanie zamówienia, to koszt takiej kooperacji w ogóle nie musiał wystąpić. Z tego względu nie można uznać, że oferta w swojej treści jest niezgodna z treścią siwz, jak również błędnie obliczona. Tą samą argumentacją Izba zastosowała przy rozważeniu zarzutu dotyczącego załącznika nr 3, ponownie z powołanych treści siwz nie sposób ustalić, że oferta jest sporządzona niezgodnie z treścią siwz. Zamawiający nie zakazał ujmowania kosztów poszczególnych dokumentacji w cenie danego urządzenia, choć oczekiwał jej podania, w ocenie Izby rację ma przystępujący, że taka informacja może mieć znaczenie jedynie pomocnicze dla zamawiającego i nie stanowi istotnej treści oferty. Zamawiający nadto przez oświadczenie przystępującego uzyskał pewność, że koszt zakupu dokumentacji został przez przystępującego uwzględniony w cenie, co nie daje podstaw do stwierdzenia błędu w obliczeniu ceny. Brak wskazania określonych wartości kosztowych w rzeczywistości zmierza do wskazania nierentowności oferty przystępującego, natomiast odwołujący nie zarzucił zaniechania odrzucenia oferty przystępującego jako czynu nieuczciwej konkurencji, czy zaniechania odrzucenia oferty przystępującego jako zawierającą cenę rażąco niską. W tym stanie rzeczy Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania w zakresie tych zarzutów.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego oraz oferty konsorcjum wykonawców Stoczni Marynarki Wojennej S.A. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Gdyni i Damen Shipyards Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni pomimo tego, że zaoferowane ceny zostały obliczone przez wykonawców przy zastosowaniu stawki podatku VAT w wysokości 23%, podczas gdy przedmiot zamówienia powinien być objęty stawką podatku VAT w wysokości 0%, co skutkowało błędem w obliczeniu cen

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W tym zakresie Izba podtrzymuje w całości swoje rozważania i argumentację w zakresie zarzutu rozpoznanego jako pierwszy. Izba stoi na stanowisku, że stawka podatku VAT powinna być zastosowana w wysokości obowiązującej na datę składania ofert, czyli na dzień 31 sierpnia 2016r. Biorąc pod uwagę, że w tej dacie ze zwolnienia nie korzystały dostawy na rzecz innych podmiotów niż armatorzy morscy, a armatorem morskim zamawiający nie jest, to brak było co najmniej spełnienia przesłanki podmiotowej do zastosowania stawki preferencyjnej. Tym samym oferty, których ceny obliczone są z uwzględnieniem stawki 23% - podstawowej, zostały obliczone prawidłowo i nie zawierają błędów w obliczeniu ceny, a w konsekwencji zamawiający prawidłowo ich z tego powodu nie odrzucił.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 96 ust. 1 ustawy w zw. z § 3 ust. 1 lit. c) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 roku w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez dokonanie wyboru oferty pomimo tego, że do dnia 16 listopada 2016 roku zamawiający nie zakończył postępowania, co wynika z braku podpisu sekretarza komisji w protokole postępowania w miejscu przeznaczonym na zatwierdzenie wyniku postępowania (poz. 19 protokołu)

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 96 ust. 1 ustawy w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający sporządza pisemny protokół postępowania o udzielenie zamówienia, zwany dalej "protokołem", zawierający co najmniej:

- 1) opis przedmiotu zamówienia;
- 2) informację o trybie udzielenia zamówienia;
- 3) informacje o wykonawcach;
- 4) cenę i inne istotne elementy ofert;
- 5) wskazanie wybranej oferty lub ofert.

Przepis § 3 ust. 1 lit. c) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. nr 223 poz. 1458) stanowi, że wzór protokołu postępowania o udzielenie zamówienia w trybie: negocjacji z ogłoszeniem stanowi załącznik nr 3 do rozporządzenia. W załączniku tym w pkt. 19 jest zatwierdzenie wyniku postępowania i odnotowuje się w nim kiedy zakończyły się prace komisji przetargowej w tym wskazuje się imiona i nazwiska tych członków, a oni składają podpisy. Bezspornie brak podpisu sekretarza komisji. Jednak w ocenie Izby ten brak nie rodzi sankcji dla zamawiającego i w każdym czasie może zostać uzupełniony. Przede wszystkim brak jest podstawy prawnej dla kwestionowania informacji o wyniku postępowania z tego powodu, że pozycja 19 protokołu nie została prawidłowo wypełniona.

Odwołujący nie wskazał przepisu ustawy, z której wynikałaby taka sankcja, a powołane podstawy takiej sankcji nie zawierają. Wszelkie skutki dla wykonawców wywołuje bowiem przekazanie informacji o wyniku postępowania przez zamawiającego, zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy, a pkt. 19 protokołu jest jedynie odzwierciedleniem formalnym przebiegu postępowania i nie wpływa na treść przekazanego zawiadomienia. Zarzut ten zatem zasługuje na oddalenie z uwagi na jego niezasadność.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2, 3 pkt. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając przystępującego kosztami postępowania w postaci uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz nakazując przystępującemu dokonanie zwrotu na rzecz odwołującego kosztów związanych z wniesionym wpisem i kosztami zastępstwa prawnego, zgodnie ze złożoną fakturą.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....