

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 2 maja 2014 r.**

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 3 kwietnia 2014 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego:

**Urząd Morski w Słupsku**  
**Aleja Henryka Sienkiewicza 18**  
**76-200 Słupsk**

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej DKUE/KD/20/2013, w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie zadania pn.: „*Remont nabrzeży po wschodniej stronie Portu Ustka dalby dewiacyjnej*” prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.),

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

Przewodniczący:	Katarzyna Brzeska
Członkowie:	Bogdan Artymowicz
	Barbara Bettman

wyraża następującą opinię:

**Zastrzeżenia Zamawiającego z dnia 4 kwietnia 2014 r. do informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 27 marca 2014 r. nie zasługują na uwzględnienie.**

**Uzasadnienie**

I. Urząd Morski w Słupsku, Aleja Henryka Sienkiewicza 18, 76-200 Słupsk (zwany dalej „Zamawiającym”), udzielił zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Remont nabrzeży po wschodniej stronie Portu Ustka dalby dewiacyjnej*”, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; zwanej dalej: „*ustawą Pzp*”).

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę postępowania, w wyniku której uznał, iż doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (informacja o wyniku kontroli z dnia 27 marca 2014 r.).

W Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej przedmiotowego postępowania wskazano, że złożona przez wykonawcę, Warbud S.A. oferta zawiera nieprawidłową stawkę VAT - 0%, zamiast prawidłowej - 23%. W konsekwencji zamawiający zobowiązany był zbadać prawidłowość zastosowania stawki podatku VAT a następnie po uzyskaniu potwierdzenia o jej niezasadności - odrzucić ofertę. Zaniechanie powyższego stanowiło podstawę stwierdzenia naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu Zamówień publicznych pismem z dnia 7 stycznia 2013 r. wystąpił do zamawiającego z prośbą o udzielenie wyjaśnień czy dysponuje on indywidualną interpretacją podatkową dotyczącą przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu zamawiający pismem z dnia 14 stycznia 2013 r. wyjaśnił, że „umowa z wybranym wykonawcą została podpisana w dniu 3 października 2011 r. Do tego dnia Urząd Morski w Słupsku nie dysponował interpretacją indywidualną wydaną przez Izbę Skarbową w sprawie właściwej stawki podatku VAT dla ww. zamówienia”. Zamawiający wskazał ponadto, że „dopiero w dniu 30 kwietnia 2012 r., czyli prawie 7 miesięcy od dnia podpisania umowy, Hydrobudowa Gdańsk S.A. przesłała kopię Interpretacji Indywidualnej z dnia 10 kwietnia wydanej przez Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy, dotyczącej stawki podatku obowiązującej dla ww. postępowania”. Zamawiający zaznaczył ponadto, że „uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 52/11) w sprawie nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług (VAT) wskazanej przez wykonawcę w cenie ofertowej, zapadła 17 dni po tym, kiedy zamawiający podpisał umowę z wybranym wykonawcą”. Zamawiający wyjaśnił również, że „zwrócił się do Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy (...) o właściwe ustalenie stawki podatku VAT w planowanych inwestycjach (...). W dniach 11 kwietnia 2012 r. i 10 maja 2012 r. zostały

wydane postanowienia (...) o odmowie wszczęcia postępowania o udzielenie pisemnej interpretacji przepisów prawa podatkowego dla wskazanych inwestycji (...). Zgodnie z wydanym postanowieniem „(...) wykonawca będzie stroną, która będzie ponosić ewentualne konsekwencje błędnego rozliczenia podatku należnego z tytułu wykonania usług określonych w przetargu. Zatem jedynie ten podmiot jest podmiotem zainteresowanym w rozumieniu powołanych wyżej przepisów art. 14b § 1 Ordynacji podatkowej, uprawnionym do uzyskania interpretacji indywidualnej w zakresie powyższych kwestii.

Pismem z dnia 14 lutego 2013 r. Departament Kontroli Zamówień Współfinansowanych ze Środków zwrócił się do Departamentu Podatku od Towarów i Usług w Ministerstwie Finansów z prośbą o opinię w zakresie prawidłowej stawki podatku od towarów i usług w stosunku do przedmiotu ww. zamówienia.

Pismem z dnia 20 sierpnia 2013 r. Departament Podatku od Towarów i Usług w Ministerstwie Finansów przesłał opinię w ww. zakresie wskazującą, iż „Analiza zakresu robót będących przedmiotem zamówienia „Remont nabrzeży po wschodniej stronie Portu Ustka i dalby dewiacyjnej”, jak również warunków wskazanych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wskazuje, że zamówienie to obejmuje roboty dotyczące nabrzeża i dalby dewiacyjnej. Przez nabrzeże rozumie się budowlę morską tworzącą obudowę brzegu akwenu portu albo przystani morskiej, przeznaczoną do postoju i przeładunku jednostek pływających, celów komunikacyjnych, spacerowych, pasażerskich, przemysłu stoczniowego albo do składowania ładunków - § 2 pkt 13 rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 1 czerwca 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać morskie budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie (Dz. U. Nr 101, poz. 645). Zgodnie z § 2 pkt 7 ww. rozporządzenia przez dalby oraz samodzielne urządzenia cumownicze, cumowniczo-odbojowe i odbojowe - rozumie się przez to samodzielne konstrukcje jednopalowe, wielopalowe albo ramowe, zapuszczane w dno akwenu i służące do przejścia obciążeń od statku dobijającego lub przycumowanego do budowli morskiej, posadowione poza zasadniczą konstrukcją budowli morskiej oraz wyposażone w urządzenia cumownicze i odbojowe. Z przedstawionej specyfikacji zawierającej szczegółowy opis tych robót nie wynika, aby efektem tego remontu było utrzymanie akwenów portowych w odpowiednim stanie (...) Robót w zakresie remontu nabrzeży po wschodniej stronie Portu Ustka i dalby dewiacyjnej, zdaniem Ministerstwa Finansów, nie można również zaliczyć do usług związanych z ochroną środowiska morskiego. Należy zauważyć, iż przepisy o podatku /od towarów i usług nie precyzują jakie czynności mieszczą się pod pojęciem „ochrona środowiska”. Zgodnie z art. 3 pkt 13 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2008 r. Nr 25, poz. 150, z późn. zm.) przez ochronę środowiska

rozumie się podjęcie lub zaniechanie działań, umożliwiające zachowanie lub przywracanie równowagi przyrodniczej; ochrona ta polega w szczególności na:

- a) racjonalnym kształtowaniu środowiska i gospodarowaniu zasobami środowiska zgodnie z zasadą zrównoważonego rozwoju,
- b) przeciwdziałaniu zanieczyszczeniom,
- c) przywracaniu elementów przyrodniczych do stanu właściwego.

Przez równowagę przyrodniczą rozumie się stan, w którym na określonym obszarze istnieje równowaga we wzajemnym oddziaływaniu: człowieka, składników przyrody żywej i układu warunków siedliskowych tworzonych przez składniki przyrody nieożywionej (art. 3 pkt 32 ww. ustawy - Prawo ochrony środowiska).

Stosownie natomiast do definicji zawartej w art. 4 ust. 1 Konwencji sporządzonej w Helsinkach dnia 9 kwietnia 1992 r. o ochronie środowiska morskiego obszaru Morza Bałtyckiego (Dz. U. z 2000 r. Nr 28, poz. 346) za środowisko morskie obszaru Morza Bałtyckiego - uznano wodę i dno morskie łącznie z ich żywymi zasobami i innymi formami życia w morzu.

Zatem stawka podatku VAT 0%, powinna mieć zastosowanie jedynie do usług związanych z ochroną środowiska morskiego, rozumianą jako podjęcie lub zaniechanie działań umożliwiających zachowanie lub przywracanie równowagi przyrodniczej. Charakter usług określonych w przedmiotowej sprawie nie wskazuje, iż są to usługi, których celem jest zachowanie lub przywrócenie równowagi przyrodniczej. Biorąc pod uwagę powyższe, roboty w zakresie remontu nadbrzeży i dalby dewiacyjnej nie będą stanowiły usług związanych z ochroną środowiska morskiego, ani usług związanych z utrzymaniem akwenów portowych i torów podejściowych, określonych w art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o podatku od towarów i usług, zatem nie będą korzystały z możliwości zastosowania stawki 0%, zgodnie z ww. podstawą prawną.

W konsekwencji usługi te (z zastrzeżeniem wyrażonym w pkt 3 niniejszego pisma co do celu przedsięwzięcia), stosownie do art. 41 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług, w związku z art. 146a pkt 1 tej ustawy, w okresie od 1 stycznia 2011 r. do 31 grudnia 2013 r., podlegają opodatkowaniu podstawową stawką podatku od towarów i usług w wysokości 23 %."

Pismem z dnia 2 września 2013 r. zamawiający złożył wyjaśnienia odnośnie rezultatów, jakie miały być osiągnięte poprzez realizację ww. zamówienia. Zamawiający wyjaśnił, iż „infrastruktura techniczna nabrzeży po wschodniej stronie Postu Ustka w okresie składania wniosku o dofinansowanie projektu była w złym stanie. Część nabrzeży wymagała natychmiastowej interwencji, aby nie zostały wyłączone z eksploatacji. Infrastruktura ta przeznaczona była do cumowania jednostek rybackich w Porcie Ustka. Ponadto w ramach projektu ujęto remont dalby dewiacyjnej w awanporcie, która przeznaczona jest do

wykonywania manewrów w awanporcie oraz ustawiania dewiacji urządzeń nawigacyjnych jednostek rybackich. W wyniku realizacji projektu wyremontowane zostały nabrzeża portowe: Kołobrzeskie, Słupskie i Lęborskie, których łączna długość wynosi: 633,5m, a powierzchnia wyremontowanych nabrzeży wynosi: 13 052 m<sup>2</sup>, ponadto wyremontowana została dalba dewiacyjna, która przed pracami remontowymi nie była wykorzystywana ze względu na zły stan techniczny. W efekcie realizacji projektu osiągnięto zamierzony efekt w postaci zwiększenia ilości miejsc postojowych (cumowniczych) dla jednostek rybackich w Porcie Ustka, oraz zwiększenie ich funkcjonalności poprzez zamontowanie skrzynek energetycznych umożliwiających przyłączanie tych jednostek do zasilania energią elektryczną, zwiększono poziom bezpieczeństwa przy nabrzeżach przez umieszczenie sprzętu (kół ratunkowych oraz bosaków) oraz poprawiono bezpieczeństwo cumowania jednostek przez zwiększenie powierzchni odbojnic przy nabrzeżach, które gwarantują bezpieczne cumowanie dla różnego rodzaju jednostek rybackich ( o większym oraz mniejszym zanurzeniu) przy wyremontowanych nabrzeżach".

Do informacji o wyniku kontroli Zamawiający w dniu 4 kwietnia 2014 r. złożył zastrzeżenia, opisując okoliczności, które według niego uzasadniają, że nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający zarzucił wynikowi kontroli:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw, z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. z 2013 r. poz. 385) oraz art. 83 ust. 1 pkt. 11 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tekst jednolity; Dz. U. 2011 r. Nr 177 poz. 1054) poprzez uznanie, iż w ustalonym stanie faktycznym oferta WARBUD S.A. z siedzibą Warszawie zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na niewłaściwym przyjęciu stawki podatku VAT;
- 2) naruszenie prawa materialnego, a mianowicie art. 166 ust. 2 Pzp w zw. z art. 14c ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (tekst jednolity: Dz. U. 2012 r. poz. 749) poprzez ustalenie, na podstawie interpretacji indywidualnej, która nie dotyczyła ww. podmiotu oraz na podstawie opinii Departamentu Podatku od Towarów i Usług w Ministerstwie Finansów, iż oferta WARBUD S.A. z siedzibą Warszawie zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na niewłaściwym przyjęciu stawki podatku VAT;
- 3) pominięcie faktu, iż w przedmiotowej sprawie stawka podatku może wynosić zarówno 0 % jak też 23 %, co wynika z art. 83 ust, 2 w z zw. z art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o podatku od towarów i usług;
- 4) błędne ustalenie, iż Zamawiający jest uprawniony do określenia stawki podatku VAT, do którego ustalenia są zobowiązani Wykonawcy biorący udział w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;
- 5) pominięcie faktu, iż Zamawiający podejmując czynności w zakresie przyjęcia stawek

podatku VAT przez Wykonawców biorących udział w postępowaniu opierał się na szerokim w tym zakresie orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Zamawiający wniósł o zmianę zaskarżonej informacji o wyniku następczej kontroli poprzez uchylenie stwierdzenia o naruszeniu przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę WARBUD S.A. z siedzibą w Warszawie.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał w dniu 17 kwietnia 2014 r. argumenty wskazane w Informacji o wyniku kontroli i zgodnie z art. 167 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przekazał zastrzeżenia Zamawiającego do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

II. Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania kontrolnego, a także argumentacji Zamawiającego, odnośnie naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego do wyniku kontroli nie zasługują na uwzględnienie.

Skład orzekający podzielił stanowisko wyrażone przez Prezesa Urzędu w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej, DKUE/KD/20/2013.

Jak ustalono przedmiotem zamówienia, zgodnie z pkt 3 siwz, dokumentacją projektową, przedmiarami i specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót było wykonanie robót budowlanych w zakresie remontu nabrzeży po wschodniej stronie Portu Ustka i dalby dewiacyjnej. Przedmiot zamówienia obejmował:

- remont Nabrzeża Kołobrzeskiego o długości 308 mb, w szczególności dokonanie spłycenia dna w pasie 25 m ze skarpą w stronę nurtu rzeki Słupi do głębokości technicznej 4,5 m, spłycenia akwenu należało dokonać poprzez systematyczny zasyp dna akwenu kamieniem 016<sup>^</sup>-64 mm,
- remont Nabrzeża Lęborskiego o długości 151.5mb, w szczególności demontaż starych elementów, jak odbojnice, drabinki oraz montaż nowych,
- remont Nabrzeża Słupskiego o długości 174,0 mb, w szczególności spłycenie dna w pasie 25 m ze skarpą w stronę nurtu rzeki Słupi do głębokości technicznej 4,5 m, spłycenia akwenu należało dokonać poprzez systematyczny zasyp dna akwenu kamieniem 0 20+64 mm,
- remont dalby dewiacyjnej: rozbiórka oczepu żelbetowego dalby istniejącej na konstrukcji wsporczej z pali drewnianych oraz wykonanie nowej konstrukcji żelbetowej oczepu z

pachołem cumowniczym i drabinką ratunkową.

Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Warbud S.A. z ceną 11 489 718,15 PLN brutto, w której wykonawca przyjął stawkę podatku VAT 0%. Pozostali wykonawcy złożyli oferty z stawką podatku VAT 23%. Zamawiający nie odrzucił żadnej z ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Przypomnieć należy, że stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny. Wymieniony przepis jest jednoznacznym wyrazem woli ustawodawcy dokonywania przez zamawiającego, w określonym ustawą zakresie, kontroli poprawności zgłoszonych ofert i dopuszczania do merytorycznej oceny przez zamawiającego tylko tych ofert, które nie są dotknięte błędem wskazanym w wymienionych przepisach. Zgodnie z definicją ceny wskazaną w art. 2 pkt 1 ustawy Pzp ilekroć w ustawie jest mowa o cenie - należy przez to rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050, z późn. ztn.). Z mocy tego przepisu, w cenie uwzględnia się m.in. podatek od towarów i usług, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu m.in. podatkiem od towarów i usług. W świetle więc art. 3 ust. 1 pkt 1 powołanej ustawy o cenach nie może wywoływać jakiegokolwiek wątpliwości pogląd, że podatek VAT jest składnikiem ceny stanowiącym zatem element cenotwórczy, co już na etapie składania ofert przez wykonawców nakłada na nich obowiązek obliczenia określonej w ofercie ceny z uwzględnieniem właściwej stawki podatku VAT. Wykonywaniu przez zamawiającego obowiązku zbadania czy oferty wykonawców nie zawierają błędów w obliczeniu ceny, musi także podlegać przyjęcie przez wykonawcę prawidłowej stawki podatku VAT, ponieważ podatek ten jest bez wątpienia elementem cenotwórczym.

Nie ulega wątpliwości, że w zamawiający zobligowany był zatem do zbadania stawki podatku VAT, ponadto brak było przesłanek do zakwalifikowania błędnej stawki podatku VAT jako omyłki, gdyż w siwz nie została określona żadna stawka podatku VAT. Należy zauważyć, iż w przedmiotowym postępowaniu tylko jeden z wykonawców w ofercie wskazał na preferencyjną stawkę 0% a zamawiający otrzymał informacje od pozostałych wykonawców o błędzie w obliczeniu ceny w ofercie wykonawcy Warbud S.A.

Przede wszystkim organ kontrolujący wskazał na interpretację indywidualną z dnia 10 kwietnia 2012 r. odnoszącą się wprost do przedmiotowego zamówienia, wydaną na wniosek wykonawcy, Hydrobudowa Gdańsk S.A. przez Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy, w której wskazano co następuje:

„Na podstawie art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy, 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." Analizując zapis powołanego wyżej przepisu art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy w kontekście usług związanych z ochroną środowiska morskiego organ podatkowy stwierdził, że „aby zastosować obniżoną, 0% stawką podatku do usług związanych z ochroną środowiska morskiego łącznie spełnione muszą być: kryterium rodzaju usług, tj. muszą one być związane z ochroną tego środowiska oraz kryterium ekosystemu którego dotyczą - muszą dotyczyć środowiska morskiego. Z kolei aby zastosować obniżoną, 0% stawkę podatku dla usług polegających na utrzymaniu akwenów portowych i torów podejściowych, łącznie spełnione muszą być spełnione: kryterium rodzaju robót, tj. prace muszą polegać na utrzymaniu tych obiektów oraz kryterium miejsca, gdzie prace te są, wykonywane. (...) W ocenie tut. organu zastosowanie przepisu art. 83 ust.1 pkt 11 ustawy o podatku od towarów i usług ustawodawca przewidział jedynie do usług związanych z ochroną środowiska morskiego, rozumianą jako podjęcie działań nakierowanych na zachowanie lub przywracanie równowagi przyrodniczej w związku z mającymi wpływ na środowisko czynnikami innymi niż przyrodnicze, a więc wynikającymi z działalności człowieka, industrializacji, rozwoju transportu morskiego, nadmiernego rybołówstwa itp." Analizując z kolei zapis powołanego wyżej przepisu art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy w kontekście usług związanych z utrzymaniem akwenów portowych i torów podejściowych organ podatkowy zauważył, że „przepisy ustawy od podatku od towarów i usług, nie definiują pojęć *akwen portowy*, czy *tor podejściowy*. Zatem zasadnym jest odwołanie się do rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 1 czerwca 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim winny odpowiadać morskie budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie (Dz.U. nr 101, poz. 645). Zgodnie z § 2 pkt 2 ww. rozporządzenia przez akwen należy rozumieć wszelki obszar pokryty wodą. Z kolei przez tor podejściowy - w myśl pkt 35 powyższego paragrafu - tor wodny prowadzący z morza terytorialnego do portu morskiego albo przystani morskiej. Prawodawca zdefiniował również pojęcie *nadbrzeże* i *dalby*. I tak zgodnie z pkt 13 powyższego paragrafu, nadbrzeżem jest budowla morska tworząca obudowę brzegu akwenu portu albo przystani morskiej, przeznaczoną do postoju i przeładunku jednostek pływających, celów komunikacyjnych, spacerowych, pasażerskich, przemysłu stocznioowego albo do składowania ładunków. Zgodnie z pkt 7 ww. paragrafu, ilekroć w rozporządzeniu jest mowa o dalbach oraz samodzielnych urządzeniach cumowniczych, cumowniczo-odbojowych i odbojowych - rozumie się przez to samodzielne konstrukcje jednopalowe, wielopalowe albo ramowe, zapuszczane w dno akwenu i służące do przejęcia obciążeń od statku dobijającego lub przycumowanego do budowli morskiej, posadowione poza zasadniczą konstrukcją budowli morskiej oraz wyposażone w urządzenia cumownicze i odbojowe."



Ponadto organ podatkowy skonkludował, że „z treści wniosku wynika, że Spółka przystąpiła do przetargu, który obejmować ma remont nadbrzeży i dalby dawiacyjnej. Przedmiotowe prace nie dotyczą ani akwenu portowego, ani torów podejściowych i nie są robotami służącymi ochronie środowiska morskiego. Biorąc pod uwagę powyższe oraz powołane regulacje należy stwierdzić, iż planowane roboty budowlane w zakresie remontu nabrzeży i dalby jako - jak wskazała Spółka - usługi niezwiązane z ochroną środowiska morskiego oraz niepolegające na utrzymaniu akwenów portowych i torów podejściowych o których mowa w art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o podatku od towarów i usług nie będą korzystać z preferencyjnej, 0% stawki podatku na podstawie tego przepisu.”

Podobne stanowisko zajął Departament Podatku od Towarów i Usług w Ministerstwie Finansów wskazując w wydanej na rzecz Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych opinii, iż „Analiza zakresu robót będących przedmiotem zamówienia „Remont nabrzeży po wschodniej stronie Portu Ustka i dalby dawiacyjnej”, jak również warunków wskazanych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wskazuje, że zamówienie to obejmuje roboty dotyczące nabrzeża i dalby dawiacyjnej”. Ministerstwo Finansów przeprowadziło analizę tożsamyh przepisów, co Izba Skarbowa w Bydgoszczy i stwierdziło, że „z przedstawionej specyfikacji zawierającej szczegółowy opis tych robót nie wynika, aby efektem tego remontu było utrzymanie akwenów portowych w odpowiednim stanie (...). Robót w zakresie remontu nabrzeży po wschodniej stronie Portu Ustka i dalby dawiacyjnej, zdaniem Ministerstwa Finansów, nie można również zaliczyć do usług związanych z ochroną środowiska morskiego (...). Stawka podatku VAT 0%, powinna mieć zastosowanie jedynie do usług związanych z ochroną środowiska morskiego, rozumianą jako podjęcie lub zaniechanie działań umożliwiających zachowanie lub przywracanie równowagi przyrodniczej. Charakter usług określonych w przedmiotowej sprawie nie wskazuje, iż są to usługi, których celem jest zachowanie lub przywrócenie równowagi przyrodniczej.

Biorąc pod uwagę powyższe, roboty w zakresie remontu nadbrzeży i dalby dawiacyjnej nie będą stanowiły usług związanych z ochroną środowiska morskiego, ani usług związanych z utrzymaniem akwenów portowych i torów podejściowych, określonych w art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o podatku od towarów i usług, zatem nie będą korzystały z możliwości zastosowania stawki 0%, zgodnie z ww. podstawą prawną (...).

W związku z tym, że czynności te nie są objęte zwolnieniem ani obniżonymi stawkami podatku na podstawie innych przepisów ustawy i rozporządzeń wykonawczych wydanych na jej podstawie będą podlegały opodatkowaniu 23% stawką podatku od towarów i usług zgodnie z treścią art. 41 ust. 1 w związku z art. 146a pkt 1 ustawy”.

Należy zgodzić się z organem kontrolującym, iż wykonawca WARBUD S.A. nie przedłożył Zamawiającemu, w odpowiedzi na wezwanie o wyjaśnienie treści oferty w zakresie zastosowanej stawki podatkowej w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, np. posiadanej interpretacji indywidualnej.

Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający starał się wyjaśnić jaka stawka jest właściwa poprzez wystąpienie o interpretację do organów podatkowych, zwracał się również do wykonawcy, jednak z przywołanych przez Zamawiającego interpretacji - w zastrzeżeniach do wyniku kontroli - wynika, że użyte w przepisie art. 83 ust. 1 pkt 11 ustawy o podatku od towarów i usług pojęcie "usług związanych z utrzymaniem akwenów portowych i torów podejściowych" obejmuje czynności mające na celu zapewnienie odpowiedniego stanu tych obiektów, w tym prawidłową ich funkcjonalność. W konsekwencji usługi w zakresie utrzymania akwenów portowych lub torów podejściowych nie muszą ograniczać się tylko do usług wykonywanych bezpośrednio na tych obiektach. Efektem tych usług powinno być jednak utrzymanie akwenów portowych lub torów podejściowych w odpowiednim stanie, w tym zapewnienie ich funkcjonalności. (...) Z interpretacji tych wynika, że z preferencyjnej stawki VAT będą korzystać usługi dotyczące falochronu, jeżeli roboty te wynikają z konieczności jego dostosowania do przeprowadzonej przebudowy akwenu portowego lub toru podejściowego nie zmieniającego w konsekwencji ich parametry techniczne.

Zamawiający zaś w odpowiedzi w piśmie z dnia 3 września 2013 r. potwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie tylko przywrócił odpowiednią funkcjonalność, ale przeprowadził przebudowę zmieniając parametry techniczne – wbrew interpretacjom przywołanym w zastrzeżeniach. Zamawiający wskazał, na m.in. zwiększenie ilości miejsc postojowych (cumowych) dla jednostek rybackich, zamontowanie skrzynek energetycznych i zwiększenie powierzchni odbojnic. Ponadto elementem przedmiotu zamówienia było spłycenie dna, co jednoznacznie należy uznać za zmianę parametru technicznego, a także wykonanie nowej konstrukcji żelbetonowej oczepu z pachołkiem cumowniczym i drabinką ratunkową. Zatem udzieloną odpowiedzią Zamawiający potwierdził, że przedmiotem postępowania było nie tyle utrzymanie (czyli bieżąca konserwacja, dbanie o niepogorszenie stanu istniejącego), tylko remont i modernizacja mająca na celu wyremontowanie zniszczonego obiektu, zmodernizowanie i zwiększenie jego funkcjonalności oraz zmiana parametrów technicznych.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, podzielając stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wraz z jego uzasadnieniem, stwierdziła, że zastrzeżenia Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....