

WYROK
z dnia 16 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2022 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” – Przemysłówka Sp. z o.o., ul. Biskupińska 11, 85-375 Bydgoszcz** w postępowaniu prowadzonym przez **Towarzystwo Budownictwa Społecznego „Motława” Sp. z o.o., ul. Szczygła 1, 80-742 Gdańsk**

przy udziale **wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe i Rusztowaniowe „BUDROS” Sp. z o.o., ul. Kozińskiego 1, 80-156 Gdańsk** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie:

- zarzutu naruszenia art. 16 w zw. z art. 17 ust.2 w zw. z art. 226 ust.1 pkt.5) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty PBMR „BUDROS” Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, mimo iż oferta ta nie zawiera wymaganych przez Zamawiającego kosztorysów skróconych w zakresie instalacji elektrycznych i teletechnicznych wewnętrznych i zewnętrznych, a tym samym jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- zarzutu naruszenia art. 16 w zw. z art. 17 ust.2 w zw. z art. 226 ust.1 pkt.5) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PBMR „BUDROS” Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, mimo iż wykonawca ten nie zaoferował wykonania robót stanowiących przedmiot zamówienia w zakresie robót tynkarskich sufitów oraz robót elewacyjnych zgodnie z wymogami Zamawiającego, a tym samym oferta tego wykonawcy nie spełnia warunków zamówienia określonych przez Zamawiającego;
- zarzutu naruszenia art. 16 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 239 ust.1 ustawy Pzp przez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert

oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie, nie jest zobowiązany do wyboru oferty zgodnie ze wskazanymi w SWZ kryteriami oceny ofert, lecz uprawniony jest do wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty wykonawcy PBMIR „BUDROS” Sp. z o.o. z siedzibą

w Gdańsku, która to oferta winna podlegać odrzuceniu

i nakazuje zamawiającemu Towarzystwu Budownictwa Społecznego „Motława” Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez PBMIR „BUDROS” Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku na podstawie art. 226 ust.1 pkt.5) ustawy Pzp.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania obciąża Towarzystwo Budownictwa Społecznego „Motława” Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku w części 3/4 oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” – Przemysłówka Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy w części 1/4 i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” – Przemysłówka Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” – Przemysłówka Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Towarzystwo Budownictwa Społecznego „Motława” Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

3.2. zasądza od Towarzystwa Budownictwa Społecznego „Motława” Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku na rzecz Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „EBUD” – Przemysłówka Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy kwotę 9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Towarzystwo Budownictwa Społecznego „Motława” Sp. z o.o. w Gdańsku (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie prac przygotowawczych placu budowy, robót budowlanych obejmujących budowę budynku mieszkalnego wielorodzinnego Unruga 10B wraz z boksami garażowymi, instalacjami wewnętrznymi, windą osobową, wewnętrznego układu drogowego (dojścia, dojazdy, parkingi) sieci kanalizacji deszczowej, z przyłączami: wodociągowym, kanalizacji sanitarnej i kanalizacji deszczowej, elementami małej architektury z docelowym ukształtowaniem, zagospodarowaniem, oświetleniem terenu i zielenią oraz na usługę pełnienia serwisu windy osobowej, systemu oddymiania klatki schodowej, zbiorczego systemu anten do odbioru telewizji, oświetlenia awaryjnego i ewakuacyjnego, przeciwpożarowego wyłącznika prądu i pielęgnacji zieleni. Roboty realizowane będą w Gdańsku przy ulicy Piotrkowskiej 62 na działkach nr 10/304 i 10/253 obręb 74 będących własnością Zamawiającego, oraz na wszelkich innych na których będzie przebiegała infrastruktura towarzysząca wraz z wszelkimi robotami tymczasowymi i towarzyszącymi. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 20 września 2022 r., pozycja nr 2022/BZP 00355853/01.

W dniu 2 listopada 2022 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” – Przemysłówka Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec następujących wobec czynności i zaniechań Zamawiającego:

- zaniechania należytego badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe Rusztowaniowe „BUDROS” Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (dalej: Wykonawca lub P.B.M.i.R. BUDROS);
- zaniechania wezwania wykonawcy P.B.M.i.R. BUDROS do złożenia wyjaśnień odnośnie zastosowanej stawki VAT i obliczenia ceny złożonej oferty, a następnie zaniechania odrzucenia oferty tego Wykonawcy z uwagi na błąd w obliczeniu ceny;

- zaniechania wezwania wykonawcy P.B.M.i.R. BUDROS do wyjaśnienia złożonej oferty odnośnie braku ujęcia w cenie oferty robót tynkarskich sufitów oraz robót elewacyjnych zgodnie z wymogami Zamawiającego oraz braku załączenia do oferty kosztorysów skróconych w zakresie instalacji elektrycznych i teletechnicznych wewnętrznych i zewnętrznych,
- a następnie zaniechania odrzucenia oferty tego Wykonawcy z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia;
- wyboru oferty wykonawcy P.B.M.i.R. BUDROS jako najkorzystniejszej oferty spełniającej warunki zamówienia, mimo że oferta tego Wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny oraz jest niezgodna z warunkami zamówienia i winna podlegać odrzuceniu;
- zaniechania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej oferty spełniającej warunki zamówienia określone w SWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 w zw. z art. 17 ust.2 w zw. z art. 226 ust.1 pkt.10) ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie jest uprawniony do nie odrzucenia oferty P.B.M.i.R. BUDROS, mimo iż oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny;
2. art. 16 w zw. z art. 17 ust.2 w zw. z art. 226 ust.1 pkt.5) ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie jest uprawniony do nie odrzucenia oferty P.B.M.i.R. BUDROS, mimo iż oferta ta nie zawiera wymaganych przez Zamawiającego kosztorysów skróconych w zakresie instalacji elektrycznych i teletechnicznych wewnętrznych i zewnętrznych, a tym samym jest niezgodna z warunkami zamówienia;
3. art. 16 w zw. z art. 17 ust.2 w zw. z art. 226 ust.1 pkt.5) ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do odrzucenia oferty wykonawcy P.B.M.i.R. BUDROS, mimo iż wykonawca P.B.M.i.R. BUDROS nie zaoferował wykonania robót stanowiących przedmiot zamówienia w zakresie robót tynkarskich sufitów oraz robót elewacyjnych zgodnie z wymogami Zamawiającego, a tym samym oferta tego Wykonawcy nie spełnia warunków zamówienia określonych przez Zamawiającego;
4. art. 16 w zw. z art. 17 ust.2 w zw. z art.239 ust.1 ustawy Pzp, poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert oraz do równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do wyboru oferty zgodnie ze wskazanymi w SWZ kryteriami oceny ofert, lecz uprawniony jest do wyboru, jako oferty

najkorzystniejszej, oferty wykonawcy P.B.M.i.R. BUDROS, która to oferta winna podlegać odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez P.B.M.i.R. BUDROS;
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w ramach której to czynności Zamawiający dokona czynności badania i oceny oferty złożonej przez P.B.M.i.R. BUDROS w zakresie określonym w treści uzasadnienia niniejszego odwołania i dokona odrzucenia tej oferty;
4. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając stawiane zarzuty Odwołujący wskazał:

I. Błąd w obliczeniu ceny

Odwołujący podniósł, że w złożonej ofercie – przy obliczeniu ceny (poz. 333 - 336 KOSZTORYSU OFERTOWEGO – rob. budowlane wykonawca P.B.M.i.R. BUDROS – str. 15 kosztorysu) zastosował stawkę VAT w wysokości 8%, podczas gdy powinien zastosować stawkę VAT w wysokości 23 %, zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2022 r. poz.931 ze zm.). Odwołujący stwierdził, że w tym przypadku nie ma zastosowania art. 41 ust. 12 ww. ustawy (z zastrzeżeniem ust. 12b i ust.12c tego artykułu).

Jak zauważył Odwołujący, nieprawidłowe określenie przez ww. Wykonawcę zastosowanej stawki VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, którego nie można skorygować zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a zatem popełnienie takiego błędu powinno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego, określenie niewłaściwej stawki VAT mogłoby zostać potraktowane jako popełnienie omyłki (podlegającej poprawieniu przez Zamawiającego) tylko i wyłącznie w przypadku, gdyby w dokumentacji postępowania określona została przez Zamawiającego stawka VAT właściwa dla przedmiotu zamówienia, jaką wykonawcy winni zastosować. W takim bowiem przypadku nieprawidłowe określenie przez wykonawcę stawki VAT mogłoby zostać uznane za wystąpienie innej omyłki, podlegającej poprawieniu przez Zamawiającego. Omyłka polegająca na niewłaściwym zastosowaniu stawki VAT może być bowiem traktowana jako omyłka podlegająca poprawieniu przez Zamawiającego tylko i wyłącznie wtedy, gdy z dokumentacji postępowania wynika, jaka stawka VAT jest właściwa dla przedmiotu zamówienia i tym samym, jaką stawkę VAT wykonawcy winni zastosować.

Natomiast w sytuacji, w której Zamawiający nie określił w SWZ stawki VAT, w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki. Odwołujący powołał się na stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w uchwałach z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11 i III CZP 53/11.

Odwołujący podkreślił, że brak zawarcia przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania informacji o stawce VAT, jaką należy zastosować (co ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu) skutkuje tym, iż zastosowanie przez wykonawcę niewłaściwej stawki VAT jest kwalifikowane zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp jako błąd w obliczeniu ceny lub kosztu i winno skutkować odrzuceniem oferty przez Zamawiającego.

Odwołujący zaznaczył, że stawka VAT w wysokości 8% została zastosowana przez Wykonawcę do pozycji kosztorysowych nr 333 - 336 KOSZTORYSU OFERTOWEGO – rob. budowlane (str. 15 tego kosztorysu), podczas gdy dla tych pozycji kosztorysowych winno się zastosować stawkę w wysokości 23%, bowiem ww. pozycje kosztorysowe dotyczą prac budowlanych wykonywanych poza budynkiem mieszkalnym. Pozycje kosztorysowe nr 333 - 336 KOSZTORYSU OFERTOWEGO – rob. budowlane (str. 15 tego kosztorysu) dotyczą bowiem wykonania opaski żwirowej wokół budynku (opisanej w: „Szczegół opaski żwirowej” w dokumentacji: Projekt wykonawczy zamienny, branża: architektura, opracowanie: detale), która to opaska żwirowa nie jest elementem budynku mieszkalnego, a zatem roboty związane z jej wykonaniem podlegają opodatkowaniu stawką podstawową VAT w wysokości 23%.

Zdaniem Odwołującego, zastosowanie niewłaściwej stawki VAT skutkuje błędem w obliczeniu ceny oferty, a co za tym idzie, odrzuceniem oferty, niezależnie od zakresu popełnionego błędu i jego wartości. Jak zauważył Odwołujący, stawka VAT jest elementem cenotwórczym, zatem posłużenie się przez wykonawcę choćby nawet tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny oferty przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny, bez względu na skalę lub rozmiar stwierdzonego uchybienia. Odwołujący powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3046/21.

Odwołujący wskazał, że kwestia stosowania wysokości preferencyjnej stawki VAT (aktualnie 8%) była wielokrotnie omawiana w piśmiennictwie, była przedmiotem interpretacji indywidualnych wydawanych przez Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej, a także była przedmiotem orzecznictwa, zarówno Wojewódzkich Sądów Administracyjnych, jak i Naczelnego Sądu Administracyjnego. Odwołujący przywołał wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z dnia 6 lutego 2013 r., sygn. I SA/Lu 990/12, uchwałą 7

sędziów Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia z 3 czerwca 2013 r., sygn. akt I FPS 7/12 oraz wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 18 października 2018 r., sygn. akt I FSK 1633/16.

Odwołujący stwierdził, że zastosowanie przez wykonawcę P.B.M.i.R. BUDROS przy obliczeniu ceny dla robót określonych w pozycjach kosztorysowych nr 333 - 336 KOSZTORYSU OFERTOWEGO – rob. budowlane (str. 15 tego kosztorysu) stawki preferencyjnej VAT w wysokości 8% zamiast podstawowej stawki VAT w wysokości 23% skutkuje tym, iż oferta złożona przez tego wykonawcę powinna zostać odrzucona jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny.

II. Niezgodność oferty P.B.M.i.R. BUDROS z warunkami zamówienia

1. Brak załączenia do oferty przez P.B.M.i.R. BUDROS kosztorysów skróconych

Odwołujący podał, że w treści pkt XV SWZ Zamawiający w ppkt 7 wskazał, iż :

„ 7. Cena Oferty winna być zgodna z kosztorysem ofertowym załączonym do Oferty. Kosztorys ofertowy winien być sporządzony na podstawie przedmiaru robót (z zastrzeżeniem ust. 10 niniejszego Rozdziału), OPZ, § 1 i 6 wzoru Umowy oraz zgodnie z zasadami wiedzy technicznej. Do ceny netto należy doliczyć podatek VAT. Wykonawca w przedstawionej ofercie winien zaoferować cenę kompletną, jednoznaczną i ostateczną.”

Z kolei pkt XV ppkt 10 SWZ stanowi:

„ 10. Ze względu na ryczałtowy charakter ceny stanowiącej wynagrodzenie za wykonanie Przedmiotu Umowy zaleca się szczególnie staranne zapoznanie Wykonawców z zakresem robót objętych Przedmiotem Umowy w tym z dokumentacją projektową, planowanym placem budowy i innymi istotnymi czynnikami mogącymi mieć wpływ na wysokość zaproponowanej ceny. Jednocześnie Zamawiający zastrzega, iż zarówno dokumentacja projektowa jak i ilości robót podane w przedmiarze robót stanowią szacunkowy rozmiar prac, ewentualne odstępstwa od ilości robót podanych w przedmiarze stanowią ryzyko Wykonawcy (art. 632 § 1 k.c.).”.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z wymogami określonymi w Załączniku nr 1 do SWZ, Zamawiający wymagał od wykonawców złożenia wraz z ofertą kosztorysów w wersji skróconej.

Jak zauważył Odwołujący, w związku z ww. postanowieniami SWZ oraz przyjętym w postępowaniu charakterem wynagrodzenia (§3 ust. 1 Wzoru umowy), do Zamawiającego skierowane zostało zapytanie, czy Zamawiający odstąpi od wymogu złożenia na etapie składania ofert, tj. wraz z ofertą, kosztorysów skróconych. Dla Zamawiającego określony warunek zamówienia, tj. obowiązek złożenia przez wykonawców wraz z ofertą kosztorysów

skróconych był jednak na tyle istotny, iż Zamawiający oświadczył, że nie odstąpi od tego warunku.

Zamawiający, w odpowiedzi na pytanie nr 3 z 5 października 2022 r. jednoznacznie oświadczył, że:

- Zamawiający nie odstąpi od wymogu złożenia przez wykonawców wraz z ofertą kosztorysów ofertowych w wersji skróconej,
- wykonawcy, zgodnie z zapisami SWZ (Załącznik nr 1) winni wraz z ofertą złożyć kosztorysy ofertowe w wersji skróconej.

Odwołujący podniósł, że wykonawca P.B.M.i.R. BUDROS, wbrew wymogom określonym w zamówieniu, nie załączył do Oferty wymaganych kosztorysów ofertowych w wersji skróconej w n/w zakresie:

- instalacje wewnętrzne elektryczne i teletechniczne;
- instalacje zewnętrzne elektryczne i teletechniczne.

Wykonawca P.B.M.i.R. BUDROS załączył jedynie tabelę elementów rozliczeniowych, którą nazwano: „Kosztorys: tabela elementów rozliczeniowych” (strona 25). W ocenie Odwołującego, takie działanie wykonawcy P.B.M.i.R. BUDROS potwierdza wyłącznie, iż na dzień składania ofert wykonawca ten nie spełniał warunków określonych przez Zamawiającego, nie sporządził kosztorysu ofertowego, i nie zaoferował robót zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Odwołujący zauważył, że z treści załączonego do oferty dokumentu „Kosztorys: tabela elementów rozliczeniowych” nie sposób wywieść, jakie roboty w zakresie instalacji zewnętrznych elektrycznych i teletechnicznych, w jakich ilościach, i przy zastosowaniu jakich cen zaoferował ww. wykonawca.

Podobnie, w zakresie robót zewnętrznych, P.B.M.i.R. BUDROS załączył kosztorysy skrócone dla wszystkich robót z wyłączeniem kosztorysu w zakresie instalacji zewnętrznych elektrycznych i teletechnicznych. Zdaniem Odwołującego, takie działanie wykonawcy P.B.M.i.R. BUDROS potwierdza, iż na dzień składania ofert wykonawca ten nie spełniał warunków określonych przez Zamawiającego, nie sporządził kosztorysu ofertowego, i nie zaoferował robót zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Z treści załączonego do oferty dokumentu „Kosztorys: tabela elementów rozliczeniowych” nie sposób bowiem w ogóle wywieść, jakie roboty w zakresie instalacji zewnętrznych elektrycznych i teletechnicznych, w jakich ilościach i przy zastosowaniu jakich cen zaoferował wykonawca.

Tym samym, jak stwierdził Odwołujący, oferta P.B.M.i.R. BUDROS nie odpowiada warunkom zamówienia określonym przez Zamawiającego w SWZ i dokumentach stanowiących Załącznik nr 1 do SWZ.

Odwołujący wskazał, że powyższe uchybienia wykonawcy P.B.M.i.R. BUDROS powodują również brak porównywalności złożonej przez niego oferty z ofertami innych wykonawców.

2. Brak spełnienia warunków zamówienia w zakresie zaoferowania przez P.B.M.i.R. BUDROS wykonania wszystkich robót stanowiących przedmiot zamówienia

A. Brak zaoferowania przez P.B.M.i.R. BUDROS wykonania tynków zgodnie z wymogami Zamawiającego

Odwołujący podał, że w Załączniku nr 5 do Wzoru umowy określającym szczegółowe wymagania Zamawiającego poza określonymi w dokumentacji projektowej Zamawiający w Rozdziale 1.3. Roboty w zakresie stanu wykończeniowego wewnętrznego w pkt.1.3.18 zawarł zapis :

„1.3.18. Na ścianach i sufitach kondygnacji mieszkalnych, w mieszkaniach, klatkach schodowych i wózkarniach – tynki gipsowe zatarte na gładko; w narożach należy stosować listwy ochronne aluminiowe osadzone w tynku”.

W związku z tym, iż wymóg Zamawiającego określony w ww. pkt.1.3.18 Załącznika nr 5, tj. wymóg wykonania na sufitach tynków gipsowych zatartych na gładko, pozostawał w sprzeczności z przyjętym w dokumentacji projektowej (przekroje budynku) wymogiem w zakresie wykonania wyprawy sufitów, gdzie zgodnie z warstwą P6 (przekroje) przewidziano wyłącznie szpachlowanie sufitów, do Zamawiającego zostało wystosowane zapytanie

o jednoznaczne określenie przedmiotu zamówienia w tym zakresie o treści:

„Proszę o wyjaśnienie rozbieżności w zakresie tynków sufitów, czy zgodnie z załącznikiem 5 punkt 1.3.18 należy przewidzieć na stropach tynk, czy zgodnie z warstwą P6 (przekroje) wyłącznie szpachlowanie?”.

Zamawiający, w zawartej w piśmie z dnia 12 października 2022 r. odpowiedzi na pytanie wykonawcy (odpowiedź nr 5) jednoznacznie oświadczył, iż:

„ Wykończenie stropów należy wykonać zgodnie z Załącznikiem nr 5.”.

Odwołujący z powyższego wywiódł, że wykonawcy powinni zaoferować wykonanie sufitów zgodnie z wymogami określonymi Załącznikiem nr 5 i w konsekwencji w kosztorysach skróconych stanowiących załączniki do ofert winni uwzględnić wykonanie robót polegających na wykonaniu na sufitach kondygnacji mieszkalnych, w mieszkaniach, klatkach

schodowych

i wózkarniach tynków gipsowych zatartych na gładko.

Odwołujący stwierdził, że wykonawca P.B.M.i.R. BUDROS nie ujął kosztorysach ofertowych skróconych robót polegających na wykonaniu tynków gipsowych zgodnie z wymogami określonymi Załącznikiem nr 5, a zaoferował jedynie wykonanie gładzi gipsowej, a więc zaoferował wykonanie robót niezgodnych z przedmiotem zamówienia (pozycja 277 KOSZTORYSU OFERTOWEGO – rob. budowlane).

B. Brak zaoferowania przez P.B.M.i.R. BUDROS wykonania elewacji zgodnie z wymogami Zamawiającego

Odwołujący wskazał, że zgodnie z wymogami Zamawiającego, przedmiot zamówienia obejmował wykonanie w ramach wykonania robót elewacyjnych, wykonanie ocieplenia ścian zewnętrznych z płyty laminowanej grubości 8 mm wraz z zamocowaniem rusztu i ocieplenia z wełny mineralnej o grubości 14 cm.

Odwołujący stwierdził, że w treści KOSZTORYSU OFERTOWEGO – rob. budowlane P.B.M.i.R. BUDROS (pozycja 356) wykonawca ten nie zaoferował wykonania przedmiotowego zakresu robót budowlanych. W pozycji 356 kosztorysu ofertowego nie uwzględniono (nie wyceniono) elewacji wentylowanej z płyty laminowanej. W kosztorysie tym nie ma przy tym adnotacji, iż prace określone w pozycji 356 ujęte zostały w innej pozycji robót wycenionych w ww. kosztorysie. W samym zaś kosztorysie nie ma też innej pozycji, która byłaby lub mogłaby być wyceniona w ramach tego zakresu prac.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca P.B.M.i.R. BUDROS.

Zamawiający pismem z dnia 14 listopada 2022 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron i uczestnika postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba nie stwierdziła podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 16 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 226 ust.1 pkt. 10) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty P.B.M.i.R. BUDROS, mimo że oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny.

Izba ustaliła, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie określił w SWZ, jakie stawki VAT powinni zastosować wykonawcy do wyceny oferty. Wykonawca P.B.M.i.R. BUDROS dla pozycji 333-336 Kosztorysu ofertowego – roboty budowlane (strona 15) dotyczących wykonania opaski żwirowej wokół budynku zastosował stawkę VAT w wysokości 8%. Odwołujący stał na stanowisku, że roboty związane z jej wykonaniem podlegają opodatkowaniu stawką podstawową VAT w wysokości 23%.

Zgodnie z art. 41 ust. 12 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2022 r., poz. 931 ze zm.), obniżoną stawkę podatku stosuje się do:

1) dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji, przebudowy lub robót konserwacyjnych dotyczących obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym;

2) robót konserwacyjnych dotyczących:

a) obiektów budownictwa mieszkaniowego lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych,

b) lokali mieszkalnych w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12

– w zakresie, w jakim wymienione roboty nie są objęte tą stawką na podstawie pkt 1.

Za niecelowe Izba uznała definiowanie pojęć użytych w ww. przepisie, jako że nie były one sporne między stronami.

Izba stwierdziła, że opaska żwirowa wokół budynku stanowi integralny element budynku mieszkalnego i mieści się w hipotezie ww. normy, a co za tym idzie, powinna korzystać z preferencyjnej stawki VAT zastosowanej przez P.B.M.i.R. BUDROS. Przedmiotowa opaska została ujęta przez projektanta w dokumencie Projekt wykonawczy zamienny Architektura Budynek nr 10/B jako element stanu wykończeniowego zewnętrznego budynku, obok stolarki okiennej i drzwiowej, ocieplenia, parapetów, balustrad itp. (pkt 6.7.10). Jej wykonanie jest niezbędne dla prawidłowego i zgodnego ze sztuką budowlaną

wykonania budynku. Dodatkowo, opaska ta ma stanowić zabezpieczenie fundamentu przed niekorzystnym działaniem warunków atmosferycznych oraz pełnić funkcję drenażową, co również potwierdza, że stanowi ona część składową budynku. W ocenie Izby, opaska stanowiąca przedmiot sporu nie należy do infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu, o której mowa w art. 146 ust. 3 ustawy o podatku od towarów i usług.

Obie strony powołały się na orzecznictwo sądów administracyjnych i interpretacje organów skarbowych, które okazały się rozbieżne w swych poglądach. Odwołujący wskazywał w szczególności na Uchwałę Składu Siedmiu Sędziów NSA z dnia 3 czerwca 2013 r., sygn. akt I FPS 7/12. Izba miała jednak na uwadze, że ww. uchwała została wydana ze względu na rozbieżności w orzecznictwie dotyczące opodatkowania wszelkiego rodzaju przyłączy, Sąd w ww. uchwale nie rozpatrywał prawidłowości opodatkowania takich elementów budynku, jak opaska wokół budynku.

Izba, mając na względzie dyspozycję art. 535 ustawy Pzp, nie wzięła pod uwagę pisma złożonego przez Odwołującego w dniu 15 listopada 2022 r. po zamknięciu rozprawy. Odwołujący nie wnioskował o otwarciu na nowo rozprawy.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że brak jest podstaw, aby twierdzić, że opaska stanowi odrębny od budynku element infrastruktury objęty podstawową stawką VAT. W konsekwencji, Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia oferty złożonej przez P.B.M.i.R. BUDROS na podstawie art. 226 ust.1 pkt. 10) ustawy Pzp z uwagi na błąd w obliczeniu ceny.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 w zw. z art. 17 ust.2 w zw. z art. 226 ust.1 pkt.5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty P.B.M.i.R. BUDROS, mimo iż oferta ta nie zawiera wymaganych przez Zamawiającego kosztorysów skróconych w zakresie instalacji elektrycznych i teletechnicznych wewnętrznych i zewnętrznych, a tym samym jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Wymóg złożenia przez wykonawców kosztorysów ofertowych został sformułowany w pkt XV ppkt 7 SWZ, a także w Załączniku nr 1 do SWZ – Formularz Oferty.

W toku postępowania wykonawcy zwracali się do Zamawiającego z wnioskiem o odstąpienie od wymogu złożenia kosztorysów na etapie składania ofert. Zamawiający nie zdecydował się na rezygnację z tego wymagania. Podkreślił, że wykonawca powinien złożyć wraz z ofertą kosztorys ofertowy w wersji skróconej (odpowiedź na pytanie nr 3 z 5 października 2022 r.).

Odpowiadając na pytania wykonawców Zamawiający określił również rolę kosztorysów ofertowych jako służących do sporządzenia harmonogramu rzeczowo-

finansowego oraz rozliczeń ewentualnych robót zamiennych i zaniechanych (odpowiedź na pytanie nr 5 z 5 października 2022 r.).

Izba stwierdziła, że wykonawca P.B.M.i.R. BUDROS nie załączył kosztorysów ofertowych w zakresie instalacji wewnętrznych elektrycznych i teletechnicznych oraz instalacji zewnętrznych elektrycznych i teletechnicznych o zakresie informacji, jaki był wymagany przez Zamawiającego.

Izba wzięła pod uwagę treść Wzoru Umowy (Załącznik nr 6 do SWZ), gdzie w §14 Zamawiający wskazał, że wynagrodzenie za roboty zamienne, dodatkowe czy wysokość rezygnacji będą liczone zgodnie z kosztorysem szczegółowym, który będzie sporządzony z zastosowaniem czynników cenotwórczych przyjętych w kosztorysie ofertowym, w tym cen jednostkowych, stawek roboczogodziny, cen materiałów i sprzętu (odpowiednio: §14 ust. 1 pkt 1.7 dotyczący wynagrodzenia za roboty zamienne, §14 ust. 2 pkt 2.2 dotyczący wynagrodzenia za roboty dodatkowe, §14 ust. 3 pkt 3.2 dotyczący ustalenia wysokości rezygnacji). Z powyższego należy wywieść, że rozliczenie poszczególnych robót będzie odbywało się na podstawie kosztorysów szczegółowych, które powinny być sporządzone w oparciu o kosztorysy ofertowe zawierające czynniki cenotwórcze w postaci co najmniej cen jednostkowych, stawek roboczogodziny, cen materiałów i sprzętu. Złożone przez wykonawcę P.B.M.i.R. BUDROS tabele elementów rozliczeniowych dotyczące instalacji elektrycznych i teletechnicznych wewnętrznych i zewnętrznych nie spełniają ww. wymogów, nie umożliwiają też dokonywania rozliczeń ewentualnych robót zamiennych i zaniechanych (jak wymagał tego Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 5 z 5 października 2022 r.).

Izba miała na względzie ryczałtowy charakter wynagrodzenia przyjęty w przedmiotowym postępowaniu (okoliczność bezsporna), jednak postępowanie o udzielenie zamówienia jest postępowaniem wysoce sformalizowanym. Z tego względu, brak jest podstaw do odstąpienia przez Zamawiającego na obecnym etapie postępowania od jasno określonych wymagań sformułowanych w SWZ. Odstąpienie od nich na etapie badania i oceny ofert stanowi naruszenie podstawowych zasad zamówień publicznych.

Potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 w zw. z art. 17 ust.2 w zw. z art. 226 ust.1 pkt.5) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy P.B.M.i.R. BUDROS, mimo iż wykonawca ten nie zaoferował wykonania robót stanowiących przedmiot zamówienia w zakresie robót tynkarskich sufitów oraz robót elewacyjnych zgodnie z wymogami Zamawiającego.

Wymóg wykonania na sufitach tynków gipsowych zatartych na gładko został sformułowany przez Zamawiającego w Załączniku nr 5 do Wzoru Umowy pkt 1.3.18 oraz

potwierdzony w odpowiedzi na pytanie nr 5 z dnia 12 października 2022 r. Istnienie przedmiotowego wymagania nie było sporne między stronami.

Wykonawca P.B.M.i.R. BUDROS w poz. 277 Kosztorysu ofertowego – roboty budowlane zaoferował „Gładzie gipsowe jednowarstwowe, grubości 3mm, wykonywane ręcznie na stropach na podłożu betonowym”.

Izba stwierdziła, że ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie może uzasadniać zaoferowania przez wykonawcę innego zakresu zamówienia niż wymagał tego Zamawiający. Gdyby przyjąć inaczej, w zasadzie bezcelowe byłoby składanie przez wykonawcę oświadczeń co do zakresu oferowanych robót. Oferowany zakres zamówienia jest, obok ceny, najistotniejszym elementem oferty.

Kolejnym elementem zamówienia, którego dotyczy przedmiotowy zarzut jest elewacja wentylowana z płyty laminowanej. W pozycji 356 Kosztorysu ofertowego – roboty budowlane wykonawca P.B.M.i.R. BUDROS nie wycenił ww. elementu. Wykonawca ten nie wskazał również, że prace przewidziane w pozycji 356 zostały wycenione w innej pozycji kosztorysu. W kosztorysie brak jest również innej pozycji, która wskazywałaby na cenę przedmiotowych prac.

Pomimo ryczałтового charakteru wynagrodzenia, z uwagi na przytoczone powyżej postanowienia SWZ należy przyjąć, że Zamawiający wymagał określenia przez wykonawców cen za poszczególne elementy zamówienia już w kosztorysie ofertowym. Ponadto, możliwa jest sytuacja, w której Zamawiający będzie chciał zrezygnować z przedmiotowego zakresu robót. W takiej sytuacji, wobec braku wyceny pozycji 356 kosztorysu, pomimo rezygnacji, wynagrodzenie pozostałoby niezmiennie.

W konsekwencji powyższego, potwierdzenie znalazł również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 16 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 239 ust.1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty wykonawcy P.B.M.i.R. BUDROS, która to oferta winna podlegać odrzuceniu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei

w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający. W takiej sytuacji Izba rozdziela wpis stosunkowo, zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę, której wysokość ustali przez obliczenie proporcji liczby zarzutów uwzględnionych przez Izbę do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła, zaś koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i zamawiającym (§ 7 ust. 4 rozporządzenia).

W świetle powyższych regulacji, Izba rozdzieliła koszty postępowania stosunkowo, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła.

Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 3/4 i bezzasadne w pozostałej części (1/4). Kosztami postępowania obciążono zatem Odwołującego w części 1/4, Zamawiającego w części 3/4. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 10 000 zł (zgodnie z § 5 pkt 1 rozporządzenia), koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł (zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia) - łącznie 17 200 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 13 600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 4 300 zł ($17\,200 \times 1/4$). Różnica pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez Odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku, wynosiła zatem 9 300 zł. Zamawiający poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 3 600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, odpowiadał zaś za nie do wysokości 12 900 zł ($17\,200 \times 3/4$). Różnicę w kwocie 9 300 zł Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

Przewodniczący: