

Sygn. akt KIO 1275/20

**WYROK**  
**z dnia 23 lipca 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu 23 lipca 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2020 r. przez odwołującego: **WEGNER sp. z o. o. sp. k. z Poznania** (ul. Bukowska 177, 60-196 Poznań) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **14 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Poznaniu** (ul. Bukowska 34, 60-811 Poznań),

przy udziale wykonawców:

- **INVEST HOUSE Plus Sp. z o.o. sp.k. z Poznania** (ul. Zawady 12/1, 61 – 002 Poznań);
- **INFRACON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z Poznania** (ul. Senatorska 22, 60-326 Poznań) -  
- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **WEGNER sp. z o. o. sp. k. z Poznania** (ul. Bukowska 177, 60-196 Poznań) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
3. Nie uwzględnia wniosku zamawiającego: **14 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Poznaniu** (ul. Bukowska 34, 60-811 Poznań) o zasądzenie na jego rzecz od odwołującego kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Poznaniu**.

.....

**Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp] przez Zamawiającego: 14 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Poznaniu, którego przedmiotem są roboty remontowe realizowane w systemie zaprojektuj i wykonaj dla zadania: „Remont budynku nr 7 przy ulicy Bukowskiej 34 w Poznaniu”. Numer referencyjny: 15/z/2020. Publikacja Ogłoszenia o zamówieniu w dniu 5 maja 2020 r. w BZP pod nr 536821-N-2020. Wartość Zamówienia jest niższa niż dotycząca robót budowlanych kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołujący - WEGNER sp. z o. o. sp. k. z Poznania wskazał na naruszenie przepisów ustawy Pzp w związku z odrzuceniem jego oferty: art. 89 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - odrzucenie oferty Odwołującego pomimo tego, iż nie było w niej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ), co stoi w sprzeczności z obowiązkiem przeprowadzenia Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Mając powyższe na uwadze wniósł o: 1) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego; 2) dokonanie powtórnego badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu; 3) odrzucenie pozostałych ofert złożonych w Postępowaniu; 4) uznanie oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty złożonej w Postępowaniu niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego Zamówienia, gdyż jest wykonawcą zdolnym do jego wykonania, który złożył ofertę, która powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w Postępowaniu spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Odwołujący domaga się nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz dokonania czynności, w wyniku której pozostałe oferty złożone w Postępowaniu ulegną odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W konsekwencji pierwsza pod względem kryteriów oceny ofert oferta Odwołującego, która nie podlega odrzuceniu, może zostać uznana za najkorzystniejszą. Oznacza to, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP może ponieść realną szkodę w postaci nie uzyskania Zamówienia, które ma możliwość uzyskać.

2. Zarzuty oraz okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania:

2.1.

Zamawiający pismem z dnia 25 maja 2020 r. zawiadomił Odwołującego o poprawie omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, a konkretnie załącznika nr 2 do SIWZ - Programu

Funkcjonalno-Użytkowego (dalej: „PFU”) niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty. Niezgodność ta miała polegać na zmianie stawki podatku VAT przez Odwołującego ze stawki 8% na stawkę 8 i 23%. Jednocześnie Zamawiający wezwał Odwołującego do wyrażania zgody na jej poprawienie. W odpowiedzi Odwołujący pismem z dnia 26 maja 2020 r. nie wyraził zgody na wprowadzenie opisanej zmiany w ofercie wskazując, iż stanowisko Zamawiającego zmierzające do ujednoczenia stawki podatku VAT i przyjęcia dla całości Zamówienia preferencyjnej stawki podatku VAT jest błędne i niezgodne z treścią SIWZ, ponieważ stawka 8% może dotyczyć wyłącznie robót budowlanych, a nie prac projektowych, które są opodatkowane stawką 23%. Wobec powyższego Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego pismem z dnia 3 czerwca 2020 r. Zamawiający jako uzasadnienie prawne powyższego podał, iż Odwołujący w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp). W ocenie Zamawiającego stawka podatku VAT 8% określona została w PFU na przedmiot zamówienia (projekt oraz roboty budowlane) z uwagi na cel budynku (mieszkalniowy) oraz ze względu na przeniesienie przez wykonawcę na Zamawiającego autorskich praw majątkowych do projektu, co określono w § 24 wzoru załączonej do SIWZ umowy. Dowód: - ogłoszenie o Zamówieniu z dnia 5 maja 2020 r.; SIWZ z załącznikami; pismo Zamawiającego z dnia 25 maja 2020 r.; pismo Odwołującego z dnia 26 maja 2020 r.; pismo Zamawiającego z dnia 3 czerwca 2020 r.

W Postępowaniu - poza ofertą Odwołującego - złożono trzy inne oferty, w których przyjęto stawkę podatku VAT 8% dla całego przedmiotu Zamówienia. Dowód: - zbiorcze zestawienie ofert z dnia 21 maja 2020 r.;

## 2.2.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy Odwołujący wskazał, że stanowisko Zamawiającego zmierzające do ujednoczenia stawki podatku VAT i przyjęcia dla całości Zamówienia preferencyjnej stawki podatku VAT jest błędne i niezgodne z treścią SIWZ. W konsekwencji czynność Zamawiającego polegająca na dokonywaniu zmiany w ofercie Odwołującego, opisanej w piśmie Zamawiającego z dnia 25 maja 2020 r. jest niezgodna z przepisami ustawy PZP oraz ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. Zamówienie publiczne obejmuje, zgodnie z SIWZ prace do wykonania w systemie „zaprojektuj i wykonaj” w zakresie opracowania dokumentacji projektowo-kosztorysowej oraz wykonania na jej podstawie robót budowlanych polegających na remoncie elewacji z cegły oraz wymiany stolarki okiennej i drzwiowej zewnętrznej w budynku nr 7 przy ul. Bukowskiej nr 34 w Poznaniu. Zamawiający w treści SIWZ (PFU - załącznik nr 2) wskazał wprost, że "Wycena robót objęta jest 8 % podatkiem VAT (budynek koszarowy)". Odwołujący przyjmuje zatem do wiadomości, że Zamawiający kwalifikuje sam obiekt budowlany, którego remont objęty jest przedmiotem Zamówienia, jako

„obiekt zaliczony do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym”, korzystający z preferencyjnej stawki podatku VAT. Odwołujący zgodnie z obowiązującymi regulacjami prawa podatkowego, w swojej ofercie przyjął dwie stawki podatku VAT - 8% dla robót budowlanych (zakres BUDUJ) oraz 23% dla usług związanych z projektowaniem (zakres PROJEKTUJ), co szczegółowo przedstawiono w poniższej tabeli.

Stawka VAT:	Zakres Zamówienia:	Wynagrodzenie netto: PLN	Wynagrodzenie brutto: PLN
8%	Roboty budowlane	6.872 .176,00	7.421.950,08
23%	Projektowanie	50.000,00	61.500,00

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą sądów oraz organów skarbowych a także literalną wykładnią PFU, preferencyjną stawkę podatku VAT zastosować można wyłącznie do „robót” realizowanych w obrębie obiektów mieszkalnych. Z uwagi na fakt, że przedmiot Zamówienia obejmuje również usługi związane z projektowaniem (Zamówienie udzielane jest w formule "ZAPROJEKTUJ i ZBUDUJ"), cały zakres Zamówienia niebędący „robotami” realizowanymi w obrębie budynku mieszkalnego zaliczonego do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym, a zatem zakres prac projektowych, w razie braku odmiennej podstawy prawnej, podlega opodatkowaniu według stawki 23%. Powyższe wynika również z treści SIWZ, a konkretnie jej załącznika nr 2 — PFU, w którym dwukrotnie zaznaczono, iż wycena wyłącznie robót objęta jest stawką 8%, przy czym dodatkowo zaznaczono, iż powyższe wynika z tego, iż budynek ma charakter koszarowy. Gdyby stawka 8% miała dotyczyć również usług projektowych, to wskazano by, że dotyczy ona Zamówienia (jako całości) lub zakresu świadczenia (na który składają się roboty budowlane oraz usługi projektowe). W SIWZ jednak nie ma takiego wskazania, gdyż nie znajduje ono uzasadnienia. Tym samym Zamawiający błędnie interpretuje treść PFU przenosząc ustaloną w PFU stawkę VAT zastrzeżoną dla robót na całość Zamówienia, które obejmuje również usługi projektowe, dla których brak jest podstawy prawnej stosowania stawki innej niż zasadnicza (23%). Zastosowanie jednolitej preferencyjnej stawki podatku VAT dla całości Zamówienia jest działaniem niezgodnym również z ustawą o podatku od towarów i usług. Wskazał ponadto, zamówienia publiczne (zgodnie z orzecznictwem) udzielane w formule ZAPROJEKTUJ i ZBUDUJ nie podlegają jednolitej stawce podatkowej. Stanowią one bowiem zespół możliwych do wyodrębnienia świadczeń podzielnych, dla których należy stosować właściwe, różne stawki podatku VAT. Dla przykładu wskazał na stanowiska z orzeczeń sądowych oraz interpretacji podatkowych potwierdzających stanowisko Odwołującego:

1. interpretacja indywidualna Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 9.03.2018 r., sygn. akt 0113-KDIPIT -3.4012.4.2018.2.JM;

2. interpretacja indywidualna Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 9.11.2017 r., sygn. akt 01124011,1-3.4012.495.2017.1 KB:
3. interpretacja Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 5.04.2017 r., sygn. akt 1462-1PPP3.4512.57.2017.1.JŻ:
4. interpretacja indywidualna Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z 17.11.2017 r., sygn. akt OI 12-KDIL1-2.4012.413.2017.2.JO:
5. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 20.12.2010 r., sygn. akt I FSK 2091/09:
6. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z dnia 22.11.2017 r., sygn. akt I SA/Gd 1265/17:
7. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gdańsku z dnia 22.09.2009 r., sygn. akt I SA/Gd 348/09:

Według tego orzecznictwa, zdaniem wykonawcy, możliwe jest wyodrębnienie robót budowlanych od usługi projektowej, ponieważ Usługi te mają charakter samoistny i mogą występować niezależnie. Usługa projektowa nie stanowi składowej części generalnej usługi budowlanej - wprost ją poprzedza i może być wykonana przez dowolny, inny podmiot i usługi te nie są ze sobą tak ściśle powiązane by nie było możliwe ich wyodrębnienie - wręcz przeciwnie - co do zasady są to dwie różne i niezależne od siebie usługi. Wobec powyższego zastosowanie jednolitej stawki VAT 8% dla całego przedmiotu Zamówienia, jest sprzeczne z tymi postanowieniami SIWZ, które nakazują przyjąć stawkę podatku VAT 8% jedynie do robót, a nie usług projektowych oraz z ustawą PZP oraz ustawą o podatku od towarów i usług. Jego zdaniem, nie ma racji Zamawiający twierdząc, iż stawka podatku VAT 8% w stosunku do usług projektowych jest właściwa z uwagi na przyszłe, planowane przeniesienie przez wykonawcę na Zamawiającego autorskich praw majątkowych do tak powstałego projektu. Zaznaczył, że powyższe twierdzenia Zamawiający sformułował po raz pierwszy właśnie w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego. Przywołana przez Zamawiającego interpretacja podatkowa dotyczy bowiem twórcy - osoby fizycznej wykonującej w ramach prowadzonej działalności gospodarczej m.in. projekty budowlane. To właśnie wyłącznie takich osób dotyczy stawka 8% VAT, co wynika z załącznika nr 3 do ustawy o podatku od towarów i usług, gdzie pod pozycją 181 wymienione zostały usługi twórców i artystów wykonawców w rozumieniu przepisów ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych wynagradzane w formie honorariów za przekazanie lub udzielenie licencji do praw autorskich lub praw do artystycznego wykonania. Na powyższe jednoznacznie wskazuje niniejszy fragment przedmiotowej interpretacji Zamawiającego: „Mając na uwadze powołane wyżej regulacje prawne oraz opis sprawy należy stwierdzić, że skoro ww. projekty architektoniczne Wnioskodawca wykonuje jako twórca i artysta w rozumieniu przepisów o prawie autorskim i prawach pokrewnych, a przedmiotem sprzedaży są kompleksowe projekty architektoniczne wraz z przeniesieniem autorskich praw do tych projektów w celu realizacji tych projektów na konkretnej działce, za które

Wnioskodawca otrzymuje wynagradzane w formie honorarium oraz pokrycie kosztów technicznego wykonania projektu, to czynność ta będzie podlegała opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług wg stawki 8% na podstawie art. 41 ust. 2 ustawy o podatku od towarów i usług, w związku z poz. 181 załącznika nr 3 do ustawy”. Tymczasem wykonawcy, którzy złożyli ofertę są bez wyjątku osobami prawnymi, które z natury rzeczy nie mogą być uznane za twórców. W konsekwencji usługi wykonywania projektów wraz z przeniesieniem autorskich praw majątkowych świadczone przez takie podmioty nie korzystają z opodatkowania VAT według stawki 8%. Są wówczas opodatkowane VAT według stawki 23%. Takie stanowisko zajął Minister Finansów w piśmie z dnia 12 listopada 2013 r. (sygn. PT8/033/230/712/SBA/13/RD116705) stanowiącym zmianę interpretacji indywidualnej, gdzie podano: "Wnioskodawca niewątpliwie nie jest osobą fizyczną. Zatrudniając pracowników Wnioskodawca jest pracodawcą i zgodnie z art. 12 ww. ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych przysługują jej autorskie prawa majątkowe do utworów stworzonych przez pracownika lub grupę pracowników w wyniku wykonywania obowiązków ze stosunku pracy. Jednakże nie „przysługują jej autorskie prawa osobiste. a w szczególności —prawo do autorstwa utworu. Niespełniona więc zostaje przesłanka do uznania Wnioskodawcy za twórcę w rozumieniu ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Podobnie w przypadku projektów budowlanych przygotowywanych za pomocą współpracujących z Wnioskodawcą inżynierów posiadających odpowiednie uprawnienia. Wnioskodawcy nie można uznać za twórcę tych projektów. Oznacza to, że w przypadku tego Postępowania przyjęcie stawki podatku VAT 8% w zakresie usługi projektowej jest sprzeczne z prawem.

### 2.3.

Zamawiający powinien pozostałe oferty złożone w ramach Postępowania odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, ponieważ błędnie przyjęto w nich dla całości Zamówienia jednolitą stawkę 8% podatku VAT. Każda z tych ofert zawiera zatem błąd w obliczeniu ceny polegający na przyjęciu nieprawidłowej stawki podatku VAT 8% w stosunku do usług projektowych stanowiących część Zamówienia, co skutkuje tym, że podlegają one odrzuceniu z mocy prawa. Zaznaczył, że niemożliwe jest poprawienie przez Zamawiającego w tym zakresie omyłki pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w ramach Postępowania. Z ofert tych wykonawców nie wynika bowiem, jaką wartość w ramach zaoferowanej ceny mają roboty budowlane, a jaką usługą projektowa. Tym samym Zamawiający nawet dysponując ceną netto nie jest w stanie poprawić ceny brutto w tych ofertach. Sytuacja taka powinna bezwzględnie prowadzić do odrzucenia tych ofert, co potwierdza jednolite i aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: KIO 2377/19; KIO 2341/19; KIO 2190/19; KIO 1287/18; KIO 1559/18.

Mając powyższe na uwadze stwierdził zasadność nakazu odrzucenia ofert pozostałych wykonawców przez Izbę. Z kolei odrzucenie oferty Odwołującego - jako bezpodstawne - narusza zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający bowiem bezzasadnie odrzuca ofertę jednego z wykonawców, która nie powinna zostać odrzucona, a jednocześnie nie odrzuca ofert, które do tego się kwalifikują.

**Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego** przystąpił: wykonawca INFRACON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z Poznania (Przystępujący Infracon) oraz wykonawca INVEST HOUSE Plus Sp. z o.o. sp. k. z Poznania (Przystępujący Invest), którzy wnieśli o oddalenie zarzutów odwołania jako niezasadnych. Wykonawcy stwierdzili, że Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego zgodnie z przepisami ustawy Pzp, a twierdzenia i uzasadnienie prawne zawarte w odwołaniu są sprzeczne z obowiązującymi przepisami i linią orzecniczą. Aktualnie podjęta czynność Zamawiającego, oprócz pełnej zgodności z przepisami ustawy Pzp, są zgodne z oczekiwaniami wykonawców, co materializuje i uzasadnia interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przystępujący Infracon, odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy z związku z jej art. 7 ust. 1 wskazał, że argumentacja w odwołaniu (...) *dotyczący zasadności wskazania w SIWZ, przez Zamawiającego, stawki podatku od towarów i usług jedynie w wysokości 8%, zamiast stawek 8% dla robót budowlanych i 23% dla usług projektowych pozostaje poza kwestią zasadności postępowania Zamawiającego. Oferta Odwołującego została odrzucona z uwagi na fakt, iż Odwołujący w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia o poprawie omyłki polegającej: na niezgodności oferty Odwołującego z SI.WZ, a konkretnie załącznika nr 2 do SIWZ- Programu Funkcjonalno-Użytkowego (dalej: „PFU”) niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty, nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (art. 89 ust 1 pkt 7 Pzp). W ocenie Zamawiającego stawka podatku VAT 8% określona została w PFU na przedmiot zamówienia (projekt oraz roboty budowlane) z uwagi na cel budynku (mieszkaniowy) oraz ze względu na przeniesienie przez wykonawcę na Zamawiającego autorskich praw majątkowych do projektu, co określono w § 24 wzoru załączonej do SIWZ umowy i jest to stawka prawidłowa. Oferta Odwołującego była niezgodna z treścią SIWZ Treść oferty jest niezgodna ze SIWZ w przypadku, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada specyfikacji pod względem przedmiotu zamówienia oraz sposobu jego wykonania. Odwołujący nie może zarzucać Zamawiającemu, błędów w SIWZ jedynie w sytuacji, gdy treść SIWZ została przedstawiona odmiennie, niż oczekiwał tego Odwołujący. Na Zamawiającym spoczywa bowiem obowiązek zapewnienia poszanowania zasad prawa zamówień*



publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Oznacza to, że zadeklarowana przez każdego z Wykonawców treść oferty musi znaleźć potwierdzenie w dokumentach składanych przez Wykonawców w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane usługi lub roboty budowlane wymagania określone przez Zamawiającego. W konsekwencji brak takiego potwierdzenia stanowi podstawę do odrzucenia oferty, jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia". Wskazał ponadto, że „Przywołany przepis art. 87 ust. 1 ustawy p.z.p. określa granice w zakresie możliwości poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wskazując, iż niedopuszczalne jest prowadzenie między Zamawiającym a Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. A zatem, nie jest możliwe poprawienie oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3, ustawy p.z.p., w sytuacji, w której prowadziłyby to do negocjacji pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą, z czym mielibyśmy do czynienia w niniejszym stanie faktycznym. Złożenie oferty jest czynnością dobrowolną dla każdego Wykonawcy, zatem złożenie oferty tak dalece odmiennej od treści zamówienia oraz SIWZ i jednocześnie oczekiwanie, iż na etapie rozpatrywania ofert Zamawiający zmieni SIWZ jest co najmniej nielogiczne bowiem odmienne zachowanie Zamawiającego prowadziłyby do pokrzywdzenia pozostałych oferentów. W tym świetle należy uznać, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego została przez Zamawiającego podjęta zgodnie zobowiązującymi przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych. W tym stanie rzeczy należy uznać, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie”.

Także drugi z Przystępujących Inwest w piśmie procesowym z dnia 22 lipca 2020 r. stwierdził, że (...) Zamawiający prawidłowo dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego, przyjmując za podstawę prawną art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 tj. odrzucenie oferty z uwagi na niewyrażenie zgody na poprawienie innej omyłki”. Wskazał, że Zamawiający m.in. (...) w Rozdziale XII SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny wskazał, iż obowiązkiem wykonawców jest określenie ceny ryczałtowej oferty obejmującej łącznie prace projektowe i roboty remontowe. W Formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do SIWZ) wymagano podania jednej ceny w wartości netto, wskazania stawki Vat i łącznej wartości brutto zamówienia. Również §12 Projektu umowy (załącznik nr 8 do SIWZ) zakłada wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie całości przedmiotu zamówienia. Podobnie Zamawiający przyjmując w §13 Projektu umowy możliwość rozliczenia częściowego robót i dokonywania płatności częściowych przyjął jako podstawę wyliczeń wynagrodzenie umowne brutto za realizację całości zamówienia. W programie funkcjonalno – użytkowym (załącznik nr 2 do SIWZ) w punkcie 2.2 Zamawiający podał, iż wycena robót objęta jest 8% podatkiem Vat (budynek koszarowy). W punkcie 3.6 programu, odnoszącym się stricte do wymagań dla dokumentacji projektowej również podano (pogrubioną czcionką), iż wycena robót objęta jest

8% podatkiem Vat. Zapisy SIWZ nie pozostawiały więc żadnych możliwości interpretacyjnych czy wątpliwości, stanowiły jednoznaczne i precyzyjne wytyczne dla wszystkich ubiegających się wykonawców w jaki sposób należy skalkulować stawkę Vat”. Podkreślił, że (...) W SIWZ wyraźnie wskazano stawkę podatku 8% dla całości zamówienia, Zamawiający wymagał podania kwoty za realizację całości zamówienia prowadzonego w formule zaprojektuj i wykonaj. Kwestionowanie na obecnym etapie postępowania zapisów SIWZ i przyjęcia takiego sposobu obliczenia ceny jest spóźnione. Wymagania Zamawiającego po upływie terminu składania ofert niejako się „uprawomocniają” i ich negowanie czy podważanie na późniejszym etapie, po składaniu ofert w sposób oczywisty przeczyłoby zasadzie przejrzystości postępowania. Co do wymaganej 8% stawki podatku Vat nie wniesiono odwołania ani nawet nie zadano pytań Zamawiającemu. Dla 3 z 4 wykonawców oczywistym więc było przyjęcie 8% stawki podatku Vat dla całości zamówienia jako wiążącej. Złożenie oferty z odmienną niż z założoną w SIWZ stawką Vat nie może rodzić konsekwencji dla wykonawców, którzy do zapisów SIWZ się zastosowali i działali w zaufaniu do wymagań SIWZ”. Podał również, że (...) Przystępujący nie neguje prawa Odwołującego do wyodrębnienia w ramach oferowanej ceny w formularzu ofertowym dwóch pozycji: dla prac remontowych i projektowych. Jednakże zgodnie z Rozdziałem XIII SIWZ Opis kryteriów oceny ofert, dla porównania ceny Zamawiający musiał przyjąć wartość brutto za całość przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze założenia SIWZ, żeby uczynić zadość zasadzie przejrzystości i równego traktowania wykonawców, Zamawiający poprawił stawkę Vat na taką, jaką wymagał w programie funkcjonalno-użytkowym”. Stwierdził, że (...) wymaganie jednej stawki preferencyjnej w przypadku niniejszego zamówienia było w pełni uzasadnione. Przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie a następnie wykonanie prac remontowych w budynku koszarowym. W świetle obowiązujących przepisów podatkowych remont budynku koszarowego podlega stawce 8% podatku Vat. Zwrócić należy uwagę, iż wykonanie prac projektowych jest świadczeniem nierozdzielnie związanym z remontem i de facto pomocniczym, co doskonale nawet odzwierciedla zaoferowana przez Odwołującego kwota: za wykonanie prac remontowych: 6.872.176 zł netto, za wykonanie projektu: 50.000 zł netto, co nawet nie stanowi 1% wartości prac remontowych. W tym przypadku mamy więc do czynienia z zamówieniem kompleksowym, które w świetle orzecznictwa TSUE oraz NSA może być potraktowane podatkowo jednorodnie (TSUE C-464/12, C-366/12, C-155/12, C-224/11, C-532/11, C-497/09, C499/09, C-501/Q9 C-502/09 i inne, NSA o sygn. akt I FSK 232/08, i FSK 708/07). Na możliwość jednolitego opodatkowania wskazuje okoliczność, iż czynności, które będą wykonywane w ramach umowy są ze sobą ściśle związane i stanowią niepodzielne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie nie miałoby dla Zamawiającego uzasadnienia. Zamawiający nie wymagał wskazania odrębnych pozycji w formularzu ofertowym, również Projekt umowy nie wyodrębnia dokumentacji projektowej jako osobnej pozycji. Niezależnie

*jednak od kwestii przyjętych stawek podatkowych, które na etapie prowadzonej procedury nie były w żaden sposób kwestionowane, Zamawiający nie wyciągnął w żaden sposób negatywnych konsekwencji wobec Odwołującego, tylko zastosował procedurę naprawczą, co jest zgodne z ugruntowaną linią orzeczniczą KIO: przyjęcie przez wykonawcę w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT może skutkować dwojako, w zależności od sposobu sformułowania SIWZ w konkretnym postępowaniu. Jeżeli zamawiający wskazał stawkę podatku VAT w SIWZ, którą należy zastosować do przedmiotu zamówienia, a wykonawca nie zastosował tej stawki w ofercie, to należy uznać że oferta zawiera niezgodność z SIWZ, która może podlegać poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Jeśli natomiast zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT, którą należało przyjąć do obliczenia ceny oferty, to błędne zastosowanie nieprawidłowej stawki VAT skutkuje odrzuceniem oferty, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp) (KIO 2210/18). Powyższe stanowisko Izby jest w pełni zgodne z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 w sprawie o sygn. akt III CZP 52/11, w której SN wyraził pogląd, iż jeśli zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT, kształtującą przecież także wysokość określonej w ofercie ceny, to dopiero wtedy może dojść do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w SIWZ, i w konsekwencji do jej poprawienia.” Także stwierdził, że (...) Odwołujący ma prawo nie wyrazić zgody na takie działanie naprawcze, jednakże znane są wtedy ustawowe konsekwencje zanegowania poprawy w postaci odrzucenia oferty. Nie może jednak Odwołujący wymagać, że Zamawiający negatywnie oceni oferty, które zostały złożone zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ. Wszystkie przywołane przez Odwołującego interpretacje indywidualne i wyroki odnoszą się do typowego zamówienia w formule projektuj i wybuduj, gdzie w oparciu o przygotowaną dokumentację projektową powstaje obiekt budowlany spełniający samodzielną funkcję gospodarczo techniczną. Natomiast w niniejszym przypadku dokumentacja projektowa jest w istocie etapem przygotowawczym do późniejszego wykonania prac remontowych. Wykonawca po wprowadzeniu na teren budowy musi zaplanować i zweryfikować zakres prac do wykonania, mając w szczególności na uwadze zabytkowy charakter budynku objętego ochroną konserwatorską. Wykonany projekt nie stanowi odrębnego świadczenia, nie mógłby być wykorzystany jako dokumentacja projektowa do zamówienia na remont, bowiem każdy z wykonawców będzie indywidualnie projektował prace do zrealizowania zamówienia”. Zwrócił uwagę, że (...) Odwołujący podnosi, iż zapis w SIWZ: Wycena robót objęta stawką 8% podatku Vat, odnosi się stricte do robót budowlanych. Tymczasem Zamawiający umieścił w/w zapis pod całym punktem odnoszącym się do dokumentacji projektowej. Gdyby przyjąć, iż dopisek dotyczy wyłącznie punktu 3.6.20 dotyczącego Przedmiaru robót, to informacja o stawce podatku Vat w tym miejscu nie znajduje logicznego uzasadnienia, bowiem zarówno Przedmiar jak i dokumentacja projektowa nie zawierają informacji o wymaganych stawkach podatku.*

*Dokumentacja projektowa ma służyć dookreśleniu zakresu prac do wykonania, przedmiar ma wskazywać jednostki przedmiarowe oraz podstawy do ustalenia cen jednostkowych lub nakładów rzeczowych, natomiast w jego zakres nie wchodzi dookreślenie stawki podatku Vat, która jest oczywiście znana już w momencie złożenia oferty na zamówienie. Zamawiający nie miał jakiegokolwiek uzasadnienia żeby wskazywać wykonawcom, iż w dokumentacji projektowej należy przyjąć stawkę 8% Vat. Zgodnie z punktem 3 PFU zakres opracowania projektowego obejmował: inwentaryzację budynku, projekt budowlany i wykonawczy, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót oraz przedmiar z podstawą wyceny (ilości jednostek przedmiarowych). Przystępujący jak i inni wykonawcy przyjęli więc za oczywiste, iż Zamawiający posługując się pojęciem „robót” w sformułowaniu: Wycena robót objęta stawką 8% podatku Vat miał na uwadze „wykonanie prac”, „wykonanie zadania”.*

*Reasumując Przystępujący podniósł, że (...) działanie Zamawiającego mające na celu poprawę stawki Vat w ofercie Odwołującego było prawidłowe. Nawet gdyby przyjąć inaczej i gdyby Zamawiający nie poprawił stawki wykonawcy tylko zezwolił na stawkę 23% w wyodrębnionej pozycji to i tek w konsekwencji porównywana by była kwota brutto. Niezależnie jednak od powyższego, żądanie aby Zamawiający odrzucił oferty wykonawców, którzy złożyli je w sposób zgodny z wymaganiami SIWZ jest nieuprawnione i sprzeczne z obowiązującymi przepisami”.*

**Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie** (pismo z dnia 23/07/20) stwierdził, że (...) *nie uznaje w całości wniesionego przez Wegner sp. z o.o. sp.k. odwołania, wnosi o jego oddalenie oraz o zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych”. Dalej podał, że (...) zarzuty Odwołującego dotyczą SIWZ. Odrzucenie oferty miało miejsce, gdyż oferta Odwołującego była niezgodna z SIWZ. Gdyby uznać argumenty Odwołującego za słuszne to winien on skarżyć SIWZ a nie czynność odrzucenia oferty. Bezspornym jest, iż zarówno Zamawiający jak i pozostali oferenci jednoznacznie uznali zgodnie z SIWZ, iż celem budynku jest cel mieszkaniowy (stawka 8% VAT) a ponadto przeniesienia autorskich praw majątkowych na Zamawiającego również skutkuje 8% stawką VAT. Czynność odrzucenia oferty nastąpiła nie na podstawie błędnej stawki VAT lecz na tej podstawie, że Odwołujący złożył ofertę niezgodną z SIWZ, nie zgodził się na poprawienie omyłki co skutkowało odrzuceniem. Jeżeli Odwołujący nie zgadzał się z zakwalifikowaniem całego zamówienia jako 8% VAT należało skarżyć SIWZ a nie czynność odrzucenia oferty.”*

### **Rozpoznając zarzuty z odwołania Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że wnoszący odwołanie wykonawca - WEGNER sp. z o. o. sp. k. z Poznania (wykonawca Wegner) miał legitymację procesową wymaganą art. 179 ust.1 ustawy Pzp do wniesienia odwołania w dniu 2 czerwca 2020 r. do Krajowej Izby Odwoławczej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są roboty remontowe realizowane w systemie zaprojektuj i wykonaj dla zadania: „Remont budynku nr 7 przy ulicy Bukowskiej 34 w Poznaniu”.

Zgodnie z art. 179 ust.1 ustawy Pzp: *„Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.”*

Odwołujący (jak wskazał w odwołaniu) domaga się nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz dokonania czynności, w wyniku której pozostałe oferty złożone w Postępowaniu ulegną odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W konsekwencji pierwsza pod względem kryteriów oceny ofert oferta Odwołującego, która nie podlega odrzuceniu, może zostać uznana za najkorzystniejszą. Oznacza to, że w świetle argumentacji wykonawcy w wyniku naruszenia przez Zamawiającego (wskazywanych przez Odwołującego) przepisów ustawy Pzp może także ponieść realną szkodę w postaci nie uzyskania Zamówienia.

Zarzuty podnoszone w odwołaniu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy nie są zadane. Także nie jest zasadny wskazywany w uzasadnieniu odwołania zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp Tym samym odwołanie podlega oddaleniu.

Zamawiający przede wszystkim prawidłowo (jak wskazywali także Przystępujący po jego stronie wykonawcy) dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego, przyjmując za podstawę prawną art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Odrzucenie oferty nastąpiło z uwagi na niewyrażenie zgody przez wykonawcę Wegner na poprawienie innej omyłki, o której mowa w art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp.

Zgodnie z art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp: *„2. Zamawiający poprawia w ofercie: (...) 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona”.*

W myśl z kolei art. 89 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 7) wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 (...).

Zamawiający w Rozdziale XII SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny wskazał, iż obowiązkiem wykonawców jest określenie ceny ryczałtowej oferty obejmującej łącznie prace projektowe i roboty remontowe. W Formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do SIWZ) wymagano podania jednej ceny w wartości netto, wskazania stawki Vat i łącznej wartości brutto zamówienia. Również § 12 Projektu umowy (załącznik nr 8 do SIWZ) zakłada wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie całości przedmiotu zamówienia. Podobnie Zamawiający przyjmując w §13 Projektu umowy możliwość rozliczenia częściowego robót i dokonywania płatności częściowych przyjął jako podstawę wyliczeń wynagrodzenie umowne brutto za realizację całości zamówienia. W programie funkcjonalno – użytkowym (załącznik nr 2 do SIWZ) w punkcie 2.2 Zamawiający podał, iż wycena robót objęta jest 8% podatkiem Vat (budynek koszarowy). W punkcie 3.6 programu, odnoszącym się stricte do wymagań dla dokumentacji projektowej również podano (pogrubioną czcionką), iż wycena robót objęta jest 8% podatkiem VAT.

Zdaniem Izby, postanowienia SIWZ (vide: opis sposobu obliczenia ceny, kryteria oceny ofert czy formularz ofertowy a wreszcie OPZ), stanowiły jednoznaczne, precyzyjne i spójne wytyczne dla wykonawców w jaki sposób należy skalkulować cenę oraz jaką należy zastosować stawkę podatkową stawkę VAT. Oczywiście, jeśli pomimo to mogły wywołać wątpliwości, co do możliwych interpretacji wykonawca mógł w trybie przewidzianym ustawą Pzp zadać pytanie celem ich wyjaśnienia lub zakwestionować takie postanowienie stosując środek odwoławczy z tej ustawy.

Niewątpliwie kwestionowanie na obecnym etapie postępowania postanowień SIWZ i przyjęcia takiego sposobu obliczenia ceny jak żąda Odwołujący jest spóźnione. Wymagania Zamawiającego po upływie terminu składania ofert niejako się „uprawomocniają” i ich negowanie czy podważanie na późniejszym etapie, po upływie terminu składaniu ofert w sposób oczywisty jest spóźnione. Co do wymaganej 8% stawki podatku VAT nie wniesiono odwołania ani nie zadano pytań Zamawiającemu. Dla 3 z 4 wykonawców oczywistym było przyjęcie 8% stawki podatku VAT dla całości zamówienia jako wiążącej. Złożenie oferty z odmienną niż z założoną w SIWZ stawką VAT nie może niewątpliwie rodzić negatywnych konsekwencji dla wykonawców, którzy zastosowali się do postanowień SIWZ. Tym samym Odwołujący nie może wymagać, aby Zamawiający negatywnie ocenił oferty, które zostały złożone zgodnie z niekwestionowanymi wymaganiami określonymi w SIWZ.

Zamawiający mając na uwadze założenia SIWZ, poprawił stawkę podatku VAT na taką, jaką wymagał w dokumentacji przetargowej (programie funkcjonalno- użytkowym), co jest zgodne z wymaganymi w postępowaniu o udzielenie zamówienia zasadami: przejrzystości i równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. O tej czynności (poprawieniu omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z SIWZ wskutek przyjęcia innej stawki podatku VAT, niż wskazana przez Zamawiającego w SIWZ) poinformował wykonawcę w piśmie z dnia 25 maja 2020 r. Odwołujący miał prawo nie wyrazić zgody na takie działanie naprawcze, jednakże konsekwencją braku takiej zgody w myśl wskazanego art. 89 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp jest odrzucenie oferty.

Mając powyższe na uwadze wskazywane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp w zakresie rozpoznawanych zarzutów, a mianowicie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z jej art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 tej ustawy nie podlegają uwzględnieniu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy uwzględniając także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972). Izba nie uwzględniła wniosku pełnomocnika Zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz od Odwołującego kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych z uwagi na nie przedłożenie wymaganego przepisami rozporządzenia rachunku. W myśl powołanego rozporządzenia zgodnie z jego § 3 pkt 2 uzasadnione koszty mogą być orzekane wyłącznie w wysokości określonej w rachunkach przedłożonych do akt sprawy.

.....