

WYROK

Warszawa, dnia 8 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 stycznia 2024 r. przez wykonawcę Trasko Invest sp. z o.o. z siedzibą w Ostrzeszowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Akademię Wojsk Lądowych imienia generała Tadeusza Kościuszki z siedzibą we Wrocławiu, przy udziale uczestników po stronie zamawiającego:

1. Mosty Łódź S.A. z siedzibą w Łodzi,
2. Częstobud sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący

Uzasadnienie

Akademia Wojsk Lądowych imienia generała Tadeusza Kościuszki z siedzibą we Wrocławiu (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Przebudowa i docieplenie budynku koszarowego nr 10 wraz z modernizacją infrastruktury technicznej i zagospodarowaniem terenu na terenie Akademii Wojsk Lądowych we Wrocławiu” (nr postępowania WNP/459/2023), zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie w sprawie zamówienia publicznego zostało opublikowane 12 czerwca 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2023/S 111-349125.

16 stycznia 2024 r. wykonawca Trasko Invest sp. z o.o. z siedzibą w Ostrzeszowie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp przez zaniechanie Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy Mosty Łódź S.A. z siedzibą w Łodzi (dalej: Przystępujący), gdy ta oferta zawierała liczne błędy w obliczeniu ceny i kosztu, tj. wykonawca ten zastosował błędną stawkę VAT (8%);
2. art. 16 pkt 1 Pzp i art. 239 ust. 1 i 2 Pzp przez wybór oferty Przystępującego, podczas gdy ustalenie że, oferta ta była najkorzystniejsza wynikało wyłącznie z tego, że Przystępujący błędnie zastosował w ofercie preferencyjną stawkę VAT — co naruszało zasadę równości;
3. art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp w zw. z art. 220 ust. 5 Pzp w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp przez uznanie, że oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu z uwagi na rzekomy brak ciągłości wadium, podczas gdy w orzecznictwie KIO obecny jest pogląd, zgodnie z którym wykonawca nie jest zobowiązany do jednoczesnego przedkładania wraz z oświadczeniem o zgodzie na przedłużenie terminu związania ofertą również potwierdzenia przedłużenia okresu ważności wadium. Nadto, według Odwołującego, Zamawiający lakonicznie, bez żadnego uzasadnienia, a z przytoczeniem jedynie przepisów Pzp odrzucił ofertę, nie uwzględniając okoliczności faktycznych;

4. art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, podania uzasadnienia faktycznego i prawnego wyboru oferty Przystępującego, podczas gdy jego oferta nie uległa zmianie, uprzednio została odrzucona przez Zamawiającego z uwagi na zastosowanie przez tego wykonawcę stawki VAT 8%, a Zamawiający nie przedstawił szczegółowego uzasadnienia i argumentacji prawnej odnośnie do zmiany stanowiska w tym zakresie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego Mosty,
2. unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał m. in.:

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego bezpodstawnie. Odwołujący wskazał, że Zamawiający był w dyspozycji środków w należyty sposób zabezpieczających ofertę. Odwołujący podkreślił również, że w treści wezwania do wydłużenia terminu związania ofertą Zamawiający nie wskazał, że wzywa również do wydłużenia ważności wadium.

W zakresie zarzutu dotyczącego oferty Przystępującego Odwołujący podniósł, że prawidłową stawką VAT, jaką powinni przyjąć wykonawcy było 23%. Odwołujący powołał się przy tym na odpowiedź jaką Zamawiający udzielił na pytanie do treści SWZ, zgodnie z którym to obowiązkiem wykonawców było przyjęcie prawidłowej stawki VAT.

5 lutego 2024 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał:

W kwestii odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający podniósł, że to obowiązkiem wykonawcy jest utrzymanie ciągłości zabezpieczenia oferty wadium, a tego obowiązku Odwołujący nie utrzymał.

Zamawiający zaprzeczył też stanowisku Odwołującego, co do stawki VAT w ofercie Przystępującego. W ocenie Zamawiającego Przystępujący zastosował prawidłowe stawki VAT, zatem nie było podstaw do odrzucenia jego oferty z postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących zawarte w odwołaniu i pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami oraz korespondencji Zamawiającego z Odwołującym w zakresie dotyczącym wydłużenia terminu związania ofertą,
2. dowodów złożonych przez Strony wraz z pismami procesowymi.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 13 SWZ „Wykonawca będzie związany ofertą przez okres do dnia 11 października 2023 r. Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert”. Termin ten uległ wydłużeniu wraz z kolejnymi zmianami terminu składania ofert do 15 listopada 2023 r.

W zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia punkt 17 SWZ zawierał również następujące postanowienia:

„17.1 Wykonawca zobowiązany jest do wniesienia wadium w wysokości 500 000 zł (słownie złotych: pięćset tysięcy).

17.5 Wadium należy wnieść przed upływem terminu składania ofert i utrzymywać nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2 ustawy. Za wadium wniesione w terminie uważa się:

- 1) dla wadium wnoszonego w pieniądzu – datę i godzinę uznania rachunku bankowego przez bank Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert,
- 2) dla wadium wnoszonego w formach innych niż pieniądz – data przesłania dokumentu przez Platformę”.

Termin składania ofert w postępowaniu upłynął 18 sierpnia 2023 r.

Odwołujący wraz z ofertą złożył:

1. Gwarancję Ubezpieczeniową Nr 280000206285 z 12 lipca 2023 r. Gwarancja była ważna od 28 lipca 2023 r. do 25 października 2023 r. włącznie.
2. Aneks nr 1 z 2 sierpnia 2023 r. wydłużający ważność gwarancji na okres od 18 sierpnia 2023 r. do 15 listopada 2023 r. włącznie.

9 listopada 2023 r. Zamawiający skierował do Odwołującego następujące wezwanie do wydłużenia terminu związania ofertą:

„Zamawiający (...) informuje, że termin związania ofertą w przedmiotowym postępowaniu upływa w dniu 15 listopada 2023 r. Tym samym, Zamawiający zwraca się o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą w przedmiotowym postępowaniu o oznaczony okres, tj. do dnia 14 stycznia 2024 r.

Zgodnie z art. 220 ust 5 ustawy Pzp przedłużenie terminu związania ofertą następuje wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą (...).”

13 listopada 2023 r. Odwołujący złożył oświadczenie o wydłużeniu terminu związania ofertą do dnia wskazanego przez Zamawiającego w ww. wezwaniu. Wraz z oświadczeniem o wydłużeniu terminu Odwołujący nie złożył kolejnego aneksu wydłużającego termin ważności gwarancji wadialnej, nie złożył też nowego wadium.

8 grudnia 2023 r. Odwołujący w postępowaniu „Przebudowa i docieplenie budynku koszarowego nr 9 wraz z modernizacją infrastruktury technicznej z zagospodarowaniem terenu na terenie Akademii Wojsk Lądowych we Wrocławiu” złożył następujące pismo

dotyczące skutków zastąpienia pieniężnego zabezpieczenia należytej realizacji umowy Gwarancją Ubezpieczeniową:

„W imieniu Trasko Invest sp. z o.o., w związku z przedłożeniem przez Wykonawcę zabezpieczenia należytego wykonania umowy w formie gwarancji ubezpieczeniowej na wartość 982.009,19 PLN (słownie: dziewięćset osiemdziesiąt dwa tysiące dziewięć złotych i 19/100), w wykonaniu postanowień § 9 umowy nr ZPRB/000010/2023 z 31.10.2023 r. zwracamy się z wnioskiem zwrot kwoty 482 009,19 PLN (słownie: czterysta osiemdziesiąt dwa tysiące dziewięć złotych i 19/100) na rachunek bankowy Wykonawcy:

Trasko Invest sp. z o.o. (...)

Pozostałą kwotę (500.000 PLN) prosimy o zaliczenie na poczet wadium na zabezpieczenie rozszczeń Zamawiającego w związku z postępowaniem Przebudowa i docieplenie budynku koszarowego nr 10 na terenie AWL Wrocław”.

11 stycznia 2024 r. Zamawiający dokonał (ponownego) wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, a także odrzucił ofertę Odwołującego. W zakresie uzasadnienia tej czynności Zamawiający wskazał:

„Uzasadnienie prawne:

Zgodnie z art. art. 226 ust. 1 pkt 14) Ustawy Pzp. Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy jeżeli Wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wnioski o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3.

Uzasadnienie faktyczne:

Zamawiający w dniu 09.11.2023 r. wezwał wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu do przedłużenia terminu związania ofertą o 60 dni, to jest do dnia 14.01.2024 r. wraz z przedłużeniem lub złożeniem nowego wadium. W terminie do dnia 15.11.2023r. Wykonawca TRASKO INVEST Sp. z o.o. przedłużył termin związania ofertą, lecz nie przedłuży ważności wadium złożonego wraz z ofertą w formie gwarancji ubezpieczeniowej lub w wyznaczonym terminie nie złożył nowego wadium. Tym samym Wykonawca zaniechał utrzymanie wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą, to jest do dnia 14.01.2024 r. Podstawą odrzucenia oferty na gruncie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp w odniesieniu do okresu ważności wadium jest wyłącznie sytuacja, w której oferta nie pozostaje zabezpieczona wadium w czasie, w którym Wykonawca pozostaje związany ofertą.

Biorąc pod uwagę powyższe, oferta ww. Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 14) Ustawy Pzp, jeżeli Wykonawca zaniechał utrzymanie wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą”.

W zakresie zarzutów dotyczących zastosowania przez Przystępującego niewłaściwej stawki VAT Izba ustaliła:

Zgodnie z SWZ:

„15.11. Do cen jednostkowych w kosztorysie nie należy wliczać podatku VAT. W formularzu ofertowym należy podać cenę netto, podatek VAT i cenę brutto.

15.12. Suma ceny netto i kwoty podatku VAT stanowi cenę kosztorysową oferty brutto”.

Ponadto, Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania do treści SWZ, w tym:

„Pytanie nr 30.

Jaki podatek VAT należy uwzględnić w postępowaniu? 23% czy 8%? Wykonawca wnosi o jednoznaczne wskazanie poprawnej wartości. Budynki zamieszkania zbiorowego kalkuluje się w oparciu o 8% VAT natomiast zakres PZT 23%. W trosce o dobro przetargu wnosimy o jednoznaczne narzucenie przez Inwestora wymaganych podatków VAT, aby uniknąć sytuacji, w której kilku oferentów złoży oferty bazując na innym podatku.

Odpowiedź na pytanie nr 30.

Zamawiający wyjaśnia, że stawkę podatku VAT Wykonawca dobierze według obowiązujących przepisów na dzień składania ofert oraz stosownie dla poszczególnych robót budowlanych”.

Przystępujący w swojej ofercie podał cenę za realizację przedmiotu zamówienia w następujący sposób:

- 1) Netto 13 793 413,27 zł,
- 2) VAT 8 % tj. 1 061 160,32 zł
VAT 23 % tj. 121 649,14 zł
- 3) Brutto 14 976 222,73 zł

30 sierpnia 2023 r. Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie do wyjaśnień:

„W ofercie z dnia 18.08.2023 roku Wykonawca do wyliczenia ceny oferty dla robót budowlanych będących składowymi oferty zastosował dwie stawki podatku od towarów i usług (VAT) w wysokości 8% i 23%.

Pełnomocnik Zamawiającego, zwraca się z prośbą o wyjaśnienie treści oferty w zakresie zastosowania przez Wykonawcę dwóch stawek podatku od towarów i usług (VAT) tj. stawki 8% i 23%. Pełnomocnik Zamawiającego wskazuje, że w pełni uznaje fakt, że to na

Wykonawcy jako podatniku spoczywa obowiązek naliczenia odpowiedniej wartości VAT oraz – jako płatniku – odprowadzeniu jej do odpowiednich organów podatkowych. Niemniej, w szczególności

z uwagi na fakt, że w przedmiotowym postępowaniu Wykonawcy złożyli oferty z różnymi stawkami VAT, Zamawiający postanowił wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiotowym zakresie”.

W odpowiedzi z 4 września 2023 r. Przystępujący wyjaśnił:

„Budynek koszarowy jest budynkiem zbiorowego zamieszkania sklasyfikowanym według symbolu PKOB 1130 i wypełnia definicję budownictwa mieszkaniowego zawartą w art. 2 pkt 12 ustawy o VAT (Dz.U. z 2004 r. nr 54, poz. 535 z późn. zm.).

Wyjaśniamy, iż przebudowa i docieplenie budynku koszarowego zgodnie z art. 41 ust. 12 ustawy VAT (Dz.U. z 2004 r. nr 54, poz. 535 z późn. zm.) dla dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji, przebudowy lub robót konserwacyjnych dotyczących obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym stawka VAT wynosi 8%.

Jeśli chodzi o zastosowanie 23% stawki VAT Wykonawca zastosował ją do pozostałych robót budowlanych”.

5 października 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz o odrzuceniu z postępowania m. in. oferty Przystępującego. Przystępujący wniósł odwołanie od tej czynności. Na skutek wyroku KIO 3037/23 zaskarżona czynność Zamawiającego została unieważniona. Izba nie rozstrzygnęła przy tym jaka stawka VAT była prawidłowa, ale wskazała:

„Należy więc stwierdzić, że odrzucając ofertę Odwołującego bez przedstawienia pełnego i przekonującego uzasadnienia, wykazującego podstawy faktyczne i prawne tego odrzucenia, Zamawiający naruszył przepisy art. 226 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W związku z tym Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Wobec braków dotyczących dokonanej przez Zamawiającego oceny stawek podatku VAT i przedstawionego w tym zakresie uzasadnienia, rozstrzyganie na obecnym etapie przez Izbę, czy odrzuceniu podlegają oferty wykonawców, którzy zastosowali stawkę 23%, czy też oferta Odwołującego, jest na obecnym etapie przedwczesne. Czynności te powinny zostać powtórzone, a wyniki tej ponownej oceny Zamawiający powinien wyczerpująco przedstawić w rozstrzygnięciu postępowania. Izba

stwierdza natomiast, że w świetle przedstawionego dotychczas uzasadnienia, odrzucenie oferty Odwołującego było niezasadne”.

11 stycznia 2024 r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał:

„W dniu 13.10.2023 r. Zamawiający został poinformowany o wniesieniu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania przez Wykonawcę Mosty Łódź S.A. ul. Bratysławska, 94-112 Łódź.

W świetle argumentacji zawartej w treści odwołania oraz przedstawionej na rozprawie, skład orzekający uwzględnił odwołanie w całości i nakazał Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

W świetle powyższego, Zamawiający realizując wyrok KIO unieważnił czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Odwołującego i dokonał powtórnego badania i oceny ofert”.

Biorąc pod uwagę ustalony i opisany wyżej stan faktyczny Izba uznała, że żaden z zarzutów odwołanie nie potwierdził się.

W zakresie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego Izba uznała, że nie budzi wątpliwości, że doszło do przerwania okresu zabezpieczenia oferty tego wykonawcy prawidłowym wadium.

Zgodnie z art. 97 ust. 5 Pzp wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2.

Gwarancja wadialna, którą Odwołujący złożył jako zabezpieczenie oferty wygasła 15 listopada 2023 r. Abstrahując od kwestii ewentualnej skuteczności wniesienia nowego wadium przez złożenie Zamawiającemu dyspozycji zaliczenia jako wadium środków pieniężnych Wykonawcy znajdujących się w posiadaniu Zamawiającego, Izba podkreśla, że tą dyspozycję Odwołujący złożył dopiero 8 grudnia 2023 r. Tym samym z przyczyn leżących po stronie Odwołującego nie został spełniony wymóg określony w art. 97 ust. 5 Pzp, tj. wadium nie zostało utrzymane w sposób nieprzerwany do dnia upływu terminu związania ofertą.

Fakt, że w wezwaniu do wydłużenia terminu składania ofert nie znalazło się wprost wezwanie do wydłużenia wadium nie miał wpływu na przebieg i wynik postępowania.

Przytoczony przepis ustawy jasno określa wymóg utrzymania ciągłości zabezpieczenia oferty. Zamawiający nie jest z kolei uprawniony do wyłączenia stosowania tego przepisu, zatem nieujęcie w wezwaniu do wydłużenia terminu związania ofertą informacji o obowiązku jednoczesnego wydłużenia bądź wniesienia nowego wadium nie zwalnia wykonawcy z tego obowiązku.

W konsekwencji oddalenia zarzutu zmierzającego do unieważnienia wyboru najkorzystniejszej i przywrócenia do postępowania oferty Odwołującego wszystkie pozostałe zarzuty odwołania musiały zostać oddalone jako niemające wpływu na wynik postępowania. Izba uznała jednak za zasadną argumentację Przystępującego, który w piśmie procesowym wskazał m. in.:

„Budynek koszarowy nr 10 obecnie jest budynkiem zamieszkania zbiorowego. Po wykonaniu prac remontowych i modernizacyjnych oraz dociepleniu budynek nadal będzie pełnił funkcję budynku zamieszkania zbiorowego.

Budynek jest sklasyfikowany pod symbolem PKOB 1130 Budynki zbiorowego zamieszkania, w tym budynki mieszkalne na terenie koszar. Jest to dom studencki / akademik, budynek mieszkalny na terenie koszar. Są tam zakwaterowani studenci Akademii Wojsk Lądowych.

Przystępujący do odwołania wskazał również, iż budynek koszarowy jest budynkiem zbiorowego zamieszkania sklasyfikowanym według symbolu PKOB 1130 i wypełnia definicję budownictwa mieszkaniowego zawartą w art. 2 pkt 12 ustawy o VAT oraz że dla przebudowy i docieplenia budynku koszarowego zgodnie z art. 41 ust. 12 ustawy VAT dla dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji, przebudowy lub robót konserwacyjnych dotyczących obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym - stawka VAT wynosi 8%.

Jeśli chodzi o zastosowanie 23% stawki VAT, Wykonawca zastosował ją do pozostałych robót budowlanych”.

Izba uznała również za argumentację zawartą w opinii prywatnej złożonej przez Przystępującego wraz z pismem procesowym. Opinia ta służyła wykazaniu zasadności przyjętej przez Przystępującego konstrukcji cenowej oferty, w tym ujęcia odpowiednio do przedmiotu zamówienia dwóch stawek VAT, tj. 8 i 23%, a nie tylko stawki podstawowej, tj. 23%.

W konsekwencji Izba uznała, że wszystkie zarzuty odwołania podlegają oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: