

Sygn. akt: KIO 651/23

**WYROK**

**z dnia 22 marca 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 marca 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2023 r. przez wykonawcę: **"REMONT - EX" Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Rydułtowy**

przy udziale wykonawcy **E.G. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „E-COMPLEX” G. E. z siedzibą w Łukowie Śląskim**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie w zakresie naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 i art. 226 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej dla zadania nr 2, nr 3 i nr 4, oferty złożonej przez wykonawcę E. G. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „E-COMPLEX” G. E. z siedzibą w Łukowie Śląskim, którego oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zawiera rażąco niską cenę oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny, oraz w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę: "REMONT-EX" Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku dla zadania nr 2, nr 3 i nr 4;
2. umarza postępowanie w pozostałym zakresie z powodu uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego;

3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę "REMONT-EX" Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę "REMONT-EX" Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 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

**Miasto Rydułtowy** (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Poprawa efektywności energetycznej w mieszkalnych budynkach komunalnych w Rydułtowach - etap VI (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”), o wartości szacunkowej niższej niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp. Zamówienie zostało podzielone na cztery części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 29 listopada 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00464070/01.

Wykonawca "**REMONT- EX**" Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku (dalej „odwołujący”) w dniu 7 marca 2023 r. wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań zamawiającego, podjętych w postępowaniu, w zakresie:

1. wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy E. G. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „ECOMPLEX” G. E. z siedzibą w Łukowie Śląskim (dalej „ECOMPLEX”) dla zadania nr 2;
2. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ECOMPLEX dla zadania nr 2 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Pzp pomimo faktu, że oferta ta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zawiera rażąco niską cenę oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny;
3. odrzucenia oferty odwołującego dla zadania nr 2 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp pomimo faktu, że oferta ta zawiera prawidłowe obliczenie ceny;
4. wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy ECOMPLEX dla zadania nr 3;
5. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ECOMPLEX dla zadania nr 3 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 i 10 ustawy Pzp pomimo faktu, że oferta ta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny;
6. odrzucenia oferty odwołującego dla zadania nr 3 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp pomimo faktu, że oferta ta zawiera prawidłowe obliczenie ceny;
7. wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Fobud Sp. z o.o. z siedzibą w Markłowicach, Fobud Frydecki Tomasz (dalej „Konsorcjum Fobud”) dla zadania nr 4;
8. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Fobud dla zadania nr 4;

9. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Fobud dla zadania nr 3;
10. odrzucenia oferty odwołującego dla zadania nr 4 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp pomimo faktu, że oferta ta zawiera prawidłowe obliczenie ceny.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie niżej wymienionych przepisów ustawy Pzp:

1. art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę ECOMPLEX dla Zadania nr 2 i Zadania nr 3;
2. art. 226 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji nieodrzuconie oferty ECOMPLEX dla Zadania nr 2 oraz Zadania nr 3 pomimo faktu, że oferta ta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zawiera rażąco niską cenę oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny;
3. art. 226 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie, a w konsekwencji nieodrzuconie oferty Konsorcjum Fobud dla zadania nr 3 i Zadania nr 4 pomimo faktu, że oferta ta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zawiera rażąco niską cenę oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny;
4. art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Konsorcjum Fobud dla Zadania nr 4 i Zadania nr 5;
5. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji odrzucenie oferty odwołującego dla Zadania nr 2, Zadania nr 3 i Zadania nr 4.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla Zadania nr 2, Zadania nr 3 i Zadania nr 4;
2. przeprowadzenia ponownego badania oferty wykonawcy ECOMPLEX dla Zadania nr 2, Zadania nr 3 oraz Zadania nr 4;
3. odrzucenia oferty wykonawcy ECOMPLEX dla Zadania nr 2, Zadania nr 3 oraz Zadania nr 4 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Pzp;
4. odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Fobud dla zadania nr 3 i Zadania nr 4;
5. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego dla Zadania nr 2, Zadania nr 3 i Zadania nr 4;

w konsekwencji:

6. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca **E. G. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „ECOMPLEX” G. E. z siedzibą w Łukowie Śląskim** (dalej „przystępujący”).

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie (pismo z 16 marca 2023 r.) oświadczając, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Na posiedzeniu w dniu 21 marca 2023 r. wykonawca ECOMPLEX, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w części tj. w zakresie zarzutów dotyczących ofert częściowych odwołującego i przystępującego,

z pominięciem zarzutów odnoszących się do pozostałych, złożonych w postępowaniu ofert innych wykonawców. Mając na uwadze powyższe Izba, kierując się przepisem art. 523 ust. 3 ustawy Pzp - rozpoznała odwołanie w tej części.

Przystępujący swoje stanowisko w sprawie zaprezentował w piśmie procesowym, złożonym na posiedzeniu w dniu 21 marca 2023 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, stanowiskiem przystępującego zawartym w piśmie procesowym, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk odwołującego i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje**

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do

wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób. Odwołujący złożył swoją ofertę w postępowaniu w częściach, których dotyczą zarzuty odwołania i ubiega się o udzielenie zamówienia. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, wskazanych w treści odwołania, odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, gdyż zamawiający odrzucił jego ofertę, dokonał wyboru oferty innego wykonawcy, którego oferta zdaniem odwołującego podlegała odrzuceniu. W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę, oferta odwołującego miałaby szansę zostać wybrana jako najkorzystniejsza, a w konsekwencji odwołujący mógłby zrealizować zamówienie

i osiągnąć zysk z tego tytułu.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez zamawiającego.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje**

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zamieszczonym w specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) jest: Poprawa efektywności energetycznej w mieszkalnych budynkach komunalnych w Rydułtowach - etap VI. Zamówienie zostało podzielone na cztery niżej wymienione części (zadania): Zadanie 1 - Poprawa efektywności energetycznej w mieszkalnych budynkach komunalnych w Rydułtowach - budynek przy ul. Gen. Józefa Bema 6/6a; Zadanie 2 - Poprawa efektywności energetycznej w mieszkalnych budynkach komunalnych w Rydułtowach - budynek przy ul. Gen. Józefa Bema 28; Zadanie 3 - Poprawa efektywności energetycznej w mieszkalnych budynkach komunalnych w Rydułtowach - budynek przy ul. Ofiar Terroru 70; Zadanie 4 - Poprawa efektywności energetycznej w mieszkalnych budynkach komunalnych w Rydułtowach - budynek przy ul. Adama Mickiewicza 6.

Zgodnie z pkt IX SWZ - Opis sposobu przygotowania ofert, zamawiający zażądał, aby kompletna oferta zawierała kosztorys ofertowy w wersji uproszczonej w zależności od liczby zadań. W pkt XIII - Sposób obliczenia ceny wskazał, iż cena ofertowa powinna wynikać z kosztorysu ofertowego obliczonego na podstawie dokumentacji projektowej, wymagań zawartych w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz przedmiaru robót i postanowień specyfikacji warunków zamówienia i projektu umowy. Przyjęty model wynagrodzenia - kosztorysowe. W cenie oferty należy również ująć (nie tworząc dodatkowych pozycji w kosztorysie ofertowym) koszty wszelkich robót

przygotowawczych oraz koszty wynikające z realizacji obowiązków, o których mowa w rozdziale I ust. 32 SWZ. Cena musi być wyrażona w złotych polskich, cyframi i słownie z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Ponadto zamawiający opisał w dalszej części w jaki sposób wykonawca powinien opracować kosztorys ofertowy.

Izba ustaliła ponadto, że w terminie wyznaczonym jako termin składania ofert, swoje oferty złożyło siedmiu wykonawców.

W toku prowadzonego postępowania wykonawca ECOMPLEX został wezwany przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w tym w zakresie wynikającym z zastrzeżeń formułowanych w toku postępowania przez odwołującego i swoje wyjaśnienia złożył w pismach z 6 lutego 2023 r. oraz 15 lutego 2023 r.

Zamawiający w dniu 2 marca 2023 r. poinformował wykonawców, że dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej w części 1 i 4 oferty złożonej przez Konsorcjum Fobud odpowiednio za ceny 1 505 645,14 zł. i 937 369,20 zł.; w części 2 i 3 za najkorzystniejszą uznano ofertę złożoną przez ECOMPLEX, odpowiednio za cenę 1 565 188,94 zł. oraz 1 232 068,37 zł. brutto.

Ponadto skład orzekający ustalił, że oferta odwołującego została odrzucona w częściach 2, 3 i 4. Motywy podjętej decyzji zamawiający uzasadnił wskazując na przepis art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp informując, że oferta złożona przez wykonawcę REMONT - EX zawiera błąd w obliczeniu ceny. W uzasadnieniu faktycznym podał szczegółową argumentację, przywołując liczne interpretacje indywidualne oraz wyroki sądów administracyjnych przemawiające za tym, że przyjęta przez odwołującego w kosztorysie stawka VAT jest nieprawidłowa. W konsekwencji zastosowania niewłaściwej stawki podatku VAT w ofercie, zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu, jak też stanowiska odwołującego i przystępującego zaprezentowane na rozprawie Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, gdyż odwołujący nie wykazał, że doszło do naruszenia przepisów wskazywanych w treści wniesionego odwołania.

W pierwszej kolejności, w okolicznościach niniejszej sprawy, konieczne staje się sformułowanie kilku uwag natury ogólnej, które zdecydowały o rozstrzygnięciu niniejszej sprawy.

Wskazać należy, że zgodnie z przepisem art. 555 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego w zakresie podjętych przez niego czynności lub zaniechania tych czynności, jedynie przez pryzmat sprecyzowanych

w odwołaniu okoliczności, zarówno tych prawnych, ale także faktycznych. Powyższe ma bowiem decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuuje zarzut podlegający rozpoznaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w tym przedmiocie podkreślając jak istotne jest prawidłowe sformułowanie zarzutów odwołania i jak ważne jest, aby te zostały w sposób szczegółowo opisane i uzasadnione. Jak na przykład wskazano w uzasadnieniu wyroku z dnia 21 czerwca 2022 r., sygn. akt KIO 1454/22: „Zgodnie z art. 555 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zarzuty należy rozumieć przy tym jako wskazanie naruszonych przepisów prawa, ale też okoliczności faktycznych stanowiących o naruszeniu. Izba nie jest zatem uprawniona do dążenia do ustalenia prawdy obiektywnej, a orzeka w oparciu o argumenty i dowody zaprezentowane przez strony”. Na podobne kwestie zwrócił uwagę Izba wydając orzeczenie z dnia 18 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 200/21 podkreślając, że: „Stosownie do art. 555 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Okoliczności, z których odwołujący chce wywodzić skutki prawne, musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Stąd odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów prawa zamówień publicznych”. Trafność takiego stanowiska została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu w wyroku z 25 maja 2012 r., sygn. akt XII Ga 92/12. Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez

wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

W konsekwencji powyższego, odwołujący konstruując zarzuty odwołania, musi pamiętać, że okoliczności z których chce wywodzić skutki prawne, musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na omawiany wyżej przepis art. 555 ustawy Pzp. Przy tym, co należy podkreślić, zarzut nie może sprowadzać się przykładowo jedynie do samego twierdzenia, że zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy z naruszeniem wskazanego przepisu ustawy Pzp, czy też, że cena oferty jest lub nie jest rażąco niska, gdyż warunkiem rozpoznania zarzutów odwołania jest to czy odwołujący w sposób dostateczny skonkretyzuje okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie określonych wniosków co do stwierdzonych w postępowaniu naruszeń przepisów.

Przekładając powyższe na okoliczności na kanwę rozpoznawanej sprawy podkreślenia wymaga, że w odniesieniu do zarzutów odwołania, w zakresie których przystępujący skutecznie wniósł swój sprzeciw, a dotyczących nieprawidłowego odrzucenia oferty odwołującego w zadaniu nr 2, nr 3 i nr 4 - przedmiotowe zarzuty w odwołaniu nie zostały w żaden sposób sprecyzowane.

Oczywistym jest, że odwołujący chcąc skutecznie zakwestionować decyzję zamawiającego o odrzuceniu jego oferty, musi odnieść się co najmniej do argumentacji wskazywanej przez zamawiającego w przekazanym mu piśmie. W tym przypadku zamawiający szeroko i wyczerpująco podał motywy, jakimi kierował się podejmując decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego, podając uzasadnienie prawne i faktyczne takiego a nie innego rozstrzygnięcia postępowania. Z kolei odwołujący, oprócz wskazania przepisów ustawy Pzp, które w ocenie odwołującego zostały naruszone, nie odnosi się w żaden sposób do tego w czym owego naruszenia upatruje, z jaką argumentacją się nie zgadza i jakie to argumenty przemawiają za tym, że decyzja zamawiającego w tym zakresie podjęta została z naruszeniem prawa.

Powyższe przesądza o tym, że odwołanie w tych punktach, które dotyczą naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w odniesieniu do oferty odwołującego - należało oddalić jako bezzasadne.

Odwołujący sformułował ponadto zarzuty w zakresie nieprawidłowej wyceny oferty przystępującego w części nr 2, nr 3 i nr 4, wskazując na kilka pozycji kosztorysowych, które w jego ocenie świadczą o: rażąco niskiej cenie, czynie nieuczciwej konkurencji lub też

dowodzą błędów w obliczeniu ceny. Wywodził przy tym, że oferta wykonawcy ECOMPLEX podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 ustawy Pzp. Izba tych zastrzeżeń nie podzieliła z następujących powodów.

Odwołujący kwestionował wycenę następujących pozycji w kosztorysach ofertowych ECOMPLEX, składanych wraz z ofertą: (1) dla zadania 2 - pozycje nr 74, 75, 76, 83 i 85; (2) w zadaniu 3 - pozycję 69; (3) w zadaniu 4 - pozycje nr 8 i 43. Przy tym, formułując zarzuty odwołania, odnosił się wyłącznie do sposobu wyceny w tych pozycjach, przyjętej przez wykonawcę w kalkulacjach, pomijając zaś całkowicie i nie odnosząc się w żaden sposób do treści wyjaśnień, które składał przystępujący w toku postępowania. Co więcej na pytanie skierowane do odwołującego na rozprawie czy zapoznał się z tymi wyjaśnieniami i czy pomimo ich złożenia, nadal uważa, że zaproponowane ceny jednostkowe są rażąco niskie, jak też, czy wyjaśnienia nie rozwiały wątpliwości w zakresie tego, czy doszło do manipulowania cenami udzielił odpowiedzi, że przedmiotowych wyjaśnień nie poddał żadnej analizie, a swoje zarzuty opiera na treści złożonych wraz z ofertą kalkulacji.

W tym miejscu należy przypomnieć treść przepisów, które znajdują zastosowanie w rozpoznawanej sprawie. Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Z kolei w myśl art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeśli ta zawiera rażąco niską cenę lub koszt. Przy czym, zastosowanie sankcji, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, zawsze musi zostać poprzedzone wszczęciem procedury z art. 224 tej ustawy. Zamawiający nie jest uprawniony do podjęcia arbitralnie decyzji w tym zakresie, ale ma obowiązek w pierwszej kolejności wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, następnie złożone mu wyjaśnienia ocenić i dopiero w przypadku uznania, że złożone wyjaśnienia należy ocenić negatywnie - odrzuca ofertę takiego wykonawcy.

Z powyższym związany jest także obowiązek odwołującego się wykonawcy, który kwestionuje sposób kalkulacji ceny innego oferenta, aby wskazać z jakich powodów złożone w toku postępowania wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny, nie powinny zostać przez zamawiającego ocenione pozytywnie, i z jakich powodów należy uznać, że pomimo tych wyjaśnień cena wykonawcy uznana powinna być za rażąco niską. W tym przypadku odwołujący całkowicie pominął złożone w toku postępowania wyjaśnienia ECOMPLEX, który

w pismach z 6 lutego 2023 r. i 15 lutego 2023 r. odnosił się do podnoszonych w odwołaniu kwestii, a to dopiero ocena treści oferty, wraz ze złożonymi w toku postępowania wyjaśnieniami pozwala na całościową ocenę tego czy ceny jednostkowe, które wskazane zostały

w wymienionych przez odwołującego pozycjach, są rażąco niskie.

Ponadto, Izba wielokrotnie podkreślała w orzeczeniach, że nie wystarczy dla uwzględnienia zarzutów odwołania w zakresie, w jakim odwołujący podnosi kwestie rażąco niskiej ceny w ofercie konkurencyjnego wykonawcy, aby ten stwierdził, że w jego ocenie zaproponowana kwota za realizację zamówienia czy też stawka lub cena jednostkowa są rażąco niskie. Każdorazowo to wykonawca, który taki zarzut podnosi musi wykazać z jakich powodów uznać należy, że za wskazaną wartość nie jest możliwa realizacja zamówienia, czy też wykonanie określonego zakresu prac. Tak np. Izba w Wyroku z dnia 8 września 2022 r., sygn. akt KIO 2203/22 stwierdziła, że: „(...) warunkiem wykazania niezgodności z Ustawą zachowania Zamawiającego, wspólnym w odniesieniu do każdego z trzech zarzutów, jest wykazanie przez Odwołującego (zgodnie z ciężarem dowodzenia wynikającym z zasad ogólnych, także z uwzględnieniem art. 537 pkt 1 Ustawy) istnienia rażąco niskiej ceny w zakresie kwestionowanych pozycji kosztorysu ofertowego - nierealności, nierynkowości wyceny w tym zakresie (zarzut drugi), która wpływa na cenę ofertową powodując, że jest rażąco niska (jeśli chodzi o zarzut pierwszy), wydaje się, rażąco niska, w zakresie kwestionowanych pozycji kosztorysu, stanowiących istotną część składową ceny, w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania zamówienia w tym zakresie (jeśli chodzi o zarzut trzeci) czemu odwołanie nie sprostало”.

Podobnie w okolicznościach rozpoznawanej sprawy odwołujący nie podjął nawet próby dowiedzenia z jakich powodów należy uznać, że zaproponowane ceny jednostkowe w kosztorysie ofertowym są nierealistyczne tj. takie za które nie da się zamówienia tego wykonać. Z kolei ocena złożonych w postępowaniu przez przystępującego wyjaśnień, które odwołujący całkowicie pomija, w ocenie Izby, podważają stanowisko odwołującego o nieprawidłowości, nierynkowości czy nierealności wyceny ECOMPLEX w kwestionowanych pozycjach kosztorysowych, a tym samym ceny ofertowej.

Nie zasługuje też na uwzględnienie zarzut, opierający się na twierdzeniach, że przystępujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji poprzez manipulację cenami jednostkowymi, a w konsekwencji jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Należy wskazać, że podniesienie powyższego zarzutu wymaga określenia konkretnego czynu nieuczciwej konkurencji, poprzez odwołanie się do przepisów ustawy

z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r., poz. 1233) i wykazania wskazanych w tym akcie prawnym określonych przesłanek składających się na dany czyn nieuczciwej konkurencji. W niniejszej sprawie odwołujący i w odniesieniu do tej podstawy prawnej nie podjął się nawet próby wskazania o jaki czyn chodzi, a w konsekwencji z jakich powodów oferta ECOMPLEX miałyby podlegać odrzuceniu.

Z kolei w zakresie, w jakim odwołujący wskazał na okoliczność, że przystępujący w swojej ofercie zastosował błędną stawkę VAT w wysokości 8%, zamiast stawki podstawowej 23% dla robót budowlanych polegających na wykonaniu tzw. „opaski” wokół budynku - Izba stwierdziła, że w tym przypadku trafne są wywody zamawiającego zawarte w piśmie informującym odwołującego o odrzuceniu jego oferty w zakresie, w jakim uznał za prawidłową dla tego rodzaju robót stawkę preferencyjną.

Podzielić należy pogląd, że zastosowanie preferencyjnej stawki podatku VAT dla wykonania izolacji fundamentów czy docieplenia ścian zewnętrznych należy uznać za prawidłowe. Nie mamy w tym przypadku do czynienia z infrastrukturą towarzyszącą budownictwu mieszkaniowemu, której definicja znajduje się w art 146 ust. 3 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2022 r., poz. 931 ze zm.). Przez infrastrukturę towarzyszącą budownictwu mieszkaniowemu, o której mowa w ust. 1 pkt 2 lit. a, rozumie się: 1) sieci rozprowadzające, wraz z urządzeniami, obiektami i przyłączami do budynków mieszkalnych, 2) urządzenie i zagospodarowanie terenu w ramach przedsięwzięć i zadań budownictwa mieszkaniowego, w szczególności drogi, dojścia, dojazdy, zieleń i małą architekturę, 3) urządzenia i ujęcia wody, stacje uzdatniania wody, oczyszczalnie ścieków, kotłownie oraz sieci wodociągowe, kanalizacyjne, ciepłne, elektroenergetyczne, gazowe i telekomunikacyjne - jeżeli są one związane z obiektami budownictwa mieszkaniowego.

Przedmiot zamówienia (termomodernizacja budynku) nie obejmuje wykonania drogi, dojścia czy parkingu albo przyłącza (za wyjątkiem zadania nr 1 gdzie występuje przyłącze kanalizacji deszczowej), a jedynie izolację fundamentów czy wykonanie opaski. Za bryłę budynku czy też budynek uważa się całość obiektu wraz z elementami wychodzącymi poza obrys ścian jak np. balkon, wykusze, fundamenty czy rynny. Zgodnie z definicją budynku zawartą w Prawie budowlanym przez budynek należy rozumieć taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach. Fundamenty stanowią integralną część budynku. Nie można zatem przyjąć, iż stanowią element infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu, pozostający poza bryłą budynku.

Zamawiający trafnie przywołał w treści pisma orzeczenie Naczelnego Sądu Administracyjnego w Gliwicach, który w wyroku z dnia 5 stycznia 2011 r. (sygn. akt III SA/G1 1708/10) zauważył, że biorąc pod uwagę fakt, że drenaż opaskowy jest elementem systemu odwodnienia budynku i jego ochrony przed wilgocią, to w świetle tej definicji stwierdzić trzeba, że nie należy on do żadnej z ww. grup, a co za tym idzie - wbrew stanowisku organu - nie stanowi infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu. Naczelny Sąd Administracyjny w uchwale 7 sędziów z dnia 3 czerwca 2013 r. (sygn. akt I FPS 7/12) potwierdził, iż: wyłącznie roboty realizowane wewnątrz obiektów mieszkalnych mogą być opodatkowane niższą 8% stawką VAT. Podłączenie do wodociągu, kanalizacji czy gazociągu nie jest objęte stawką podstawową. Przedmiotem rozważań NSA była jednakże definicja infrastruktury towarzyszącej w kontekście wykonywania przyłącza. Ułożenie opaski czy też iniekcja nie mieszczą się w ww. definicji. Odnośnie definicji bryły budynku oraz konsekwencji zastosowania dwóch stawek VAT (stan faktyczny niemal tożsamy z występującym w przedmiotowym postępowaniu) wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 lipca 2015 r. (sygn. akt KIO 1323/15) utrzymując w mocy odrzucenie oferty z zastosowaniem dwóch różnych stawek podatku VAT m.in. dla opaski wokół budynku, zgodnie z którym: „1.. Pojęcia bryły budynku czy budynku nie mogą być utożsamiane z foremnymi bryłami, foremnymi figurami geometrycznymi czy wielościanami foremnymi. 2. Za bryłę budynku czy budynek należy uważać całość obiektu wraz z elementami wychodzącymi poza obrys ścian jak np. balkony, wykusze, fundamenty, rynny. Do takich elementów należy zaliczyć również opaskę, bo tak jak wykusz, tak i opaska nie może istnieć bez budynek, a również budynek bez wykuszu nie będzie mógł spełniać założonych funkcji i budynek bez opaski nie będzie spełniać funkcji lepszej odporności na czynniki atmosferyczne. 3. Budynek to nie tylko foremny prostopadłościan czy ostrosłup, ale figura, do której należy zaliczyć również balkony, wykusze itd., ale także i opaski, które są połączone z resztą budynku dylatacjami i umożliwiają budynkowi pełnienie funkcji odporności na czynniki atmosferyczne w wyższym stopniu.”. Istotne znaczenie dla wydanego wyroku w kontekście całej przedstawionej powyżej argumentacji miało stwierdzenie, iż odwołujący nie wykazał, że opaska należy do tzw. infrastruktury towarzyszącej, do której zalicza się przede wszystkim urządzenie i zagospodarowanie terenu, a w szczególności drogi, dojścia, dojazdy, zieleń itp.

Ponadto w innym wyroku NSA z dnia 27 kwietnia 2012 r. (sygn. akt I FSK 978/11) wskazano, że: Nie ulega wątpliwości, że usługa zabezpieczenia fundamentów poprzez ich izolację i odprowadzanie nadmiaru wody poza obręb budynku do studzienek jest integralnie związana z budownictwem mieszkaniowym i sprzyja lepszej trwałości i funkcjonalności

budynków mieszkalnych. W związku z tym wskazane czynności mieszczą się w pojęciu robót budowlano-montażowych, remontowych lub robót konserwacyjnych. Celem prawodawcy było bowiem wprowadzenie preferencyjnej stawki podatkowej dla użytkowników budownictwa mieszkaniowego.

W podobnym stanie faktycznym sprawy, zapadło orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, która rozpoznając odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2904/22 (Wyrok KIO z dnia 16 listopada 2022 r.), uznała za zasadne przyjęcie dla tego zakresu robót stawki preferencyjnej w wysokości 8%. Izba zważyła w szczególności, że: „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”.

W konsekwencji należało uznać, że przystępujący prawidłowo wycenił w swojej ofercie opaskę oraz roboty z nią związane z zastosowaniem 8 % stawki podatku VAT, z tego powodu zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp należało oddalić.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 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).

Przewodniczący: .....