

Sygn. akt: KIO 769/21

Sygn. akt: KIO 832/21

WYROK
z dnia 6 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 maja 2021 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez odwołujących:

- A. w dniu 10 marca 2021 r. przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Budowlane „Maxbud” ABJ Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** (ul. Bystrzycka 89, 54-215 Wrocław),
- B. w dniu 15 marca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum: **WODPOL sp. z o.o., PBO ŚLĄSK sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu** (ul. ks. Prałata Stanisława Słonki 24, 34-300 Żywiec)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Bielsko-Biała** (Urząd Miejski w Bielsku-Białej, Plac Ratuszowy 9, 43-300 Bielsko-Biała)

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: **WODPOL Sp. z o.o., PBO ŚLĄSK Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu** (ul. ks. Prałata Stanisława Słonki 24, 34-300 Żywiec), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 769/21 po stronie zamawiającego.
- B. wykonawcy **GRUPA FEWATERM Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Gromniku** (ul. Krynicka 4, 33-180 Gromnik) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 769/21 i KIO 832/21 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołania;
2. Kosztami postępowania obciąża odwołujących: **Przedsiębiorstwo Budowlane „Maxbud” ABJ Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** (ul. Bystrzycka 89, 54-215 Wrocław) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum: **WODPOL sp. z o.o., PBO ŚLĄSK sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu** (ul. ks. Prałata Stanisława Słonki 24, 34-300 Żywiec) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40.000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołujących tytułem wpisu od odwołania każdy w kwocie po 20.000 zł.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. 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**.

.....

Sygn. akt: KIO 769/21

Sygn. akt: KIO 832/21

Uzasadnienie

Odwołania zostało wniesione w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Miasto Bielsko-Biała w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Budowę zespołu sześciu budynków mieszkalnych wielorodzinnych wraz z zagospodarowaniem i uzbrojeniem terenu przy ul. Wapiennej i ul. Ludwika Solskiego w Bielsku-Białej”. Numer referencyjny: ZP.271.2.91.2020.DG/JP. Nr ogłoszenia w Dz. Urz. UE: Dz. U.2020/S 163-395695 z dnia 20 sierpnia 2020 r.

Sygn. akt: KIO 769/21

Wykonawca - Przedsiębiorstwo Budowlane „Maxbud” ABJ Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (wykonawca Maxbud) w odwołaniu wniesionym w dniu 10 marca 2021 r. zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1, art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp. Wskazując na powyższe zarzuty wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu: (1) unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego; (2) unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy Grupy Fewaterm sp. z o.o. s. k., (3) ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z warunkami SIWZ i przepisami ustawy. Także wniósł o zasądzenie kosztów postępowania na rzecz Odwołującego.

Wykonawca wskazał, że (...) *ma interes prawny do wniesienia niniejszego odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, albowiem Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy, który złożył ofertę i ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego w tym postępowaniu. Interes prawny powinien być rozumiany, bądź jako możliwość uznania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i zawarcie umowy w trybie zamówienia publicznego (interes prawny sensu stricte) lub mieć swe uzasadnienie we wnoszeniu środków ochrony prawnej w celu zapewnienia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z prawem, nawet jeśli zawarcie umowy nastąpi z innym wykonawcą (interes prawny sensu largo). Odwołujący ma interes prawny sensu stricte i sensu largo, ponieważ w przypadku gdyby niniejsze odwołanie zostało uwzględnione przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, to oferta Odwołującego po ponownym badaniu i ocenie ofert, powinna zostać wybrana jako*

najkorzystniejsza - wygrywająca przetarg. Działanie Zamawiającego spowodowało brak możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego”.

W uzasadnieniu powołał się na następujące okoliczności:

Pismem z dnia 04.03.2021 r. (...), Zamawiający powiadomił Odwołującego, że w wyniku przeprowadzonej przez niego oceny i porównania ofert dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę wykonawcy Grupy Fewaterm sp. z o.o. s. k. Zamawiający stwierdził, że oferta tego wykonawcy spełnia wymagania SIWZ i jest najkorzystniejsza na podstawie kryteriów wyboru oferty zawartych w SIWZ. Zgodnie z treścią art. 7 ust. 1 ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Z art. 7 ust. 3 ustawy płynie z kolei bezwzględny obowiązek dla Zamawiającego - zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zasada przejrzystości wymaga w szczególności podejmowania przez zamawiających transparentnych działań w stosunku do wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z definicją Słownika języka polskiego „przejrzysty” oznacza „łatwy do odgadnięcia, zrozumienia”. Z punktu widzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przejrzystość będzie oznaczać obowiązek zamawiającego do ustalenia jasnych, zrozumiałych zasad postępowania, rozumianych jako jednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, warunki udziału w postępowaniu, kryteria selekcji ofert oraz inne elementy SIWZ. Z kolei na etapie badania i oceny ofert, przejrzystość może być realizowana poprzez wyjaśnienie przez zamawiającego treści ofert lub dokumentów. Stawka VAT jest częścią składową ceny oferty, a jej prawidłowe określenie stanowi podstawowe kryterium oceny ofert. Odwołujący stoi na stanowisku że w obowiązkiem oferenta jest zastosowanie odpowiedniej stawki podatku VAT, zgodnie z ustawą od towarów i usług, a jest to bezsprzecznie podstawowa stawka podatku VAT w zakresie odnoszącym się do lokali użytkowych (wykończenie, wyposażenie i instalacje dedykowane tj. kosztorys ofertowy nr 5 roboty ogólnobudowlane budynek nr 4 (świetlica dla dzieci), kosztorys ofertowy nr 6 roboty ogólnobudowlane budynek nr 4 (klub seniora), kosztorys ofertowy nr 25 wewnętrzne instalacje sanitarne budynek nr 4 (klub seniora, świetlica dla dzieci), kosztorys ofertowy nr 38 wewnętrzne instalacje elektryczne budynek nr4 (klub seniora), kosztorys ofertowy nr 39 wewnętrzne instalacje elektryczne budynek nr 4 (świetlica dla dzieci) oraz prac związanych z zagospodarowaniem teren i poza obrysem budynków (kosztorysy ofertowe nr 42 zagospodarowanie terenu - oświetlenie zewnętrzne, kosztorysy ofertowe nr 43 zagospodarowanie terenu - sieć teletechniczna, kosztorysy ofertowe nr 44 zagospodarowanie terenu - przełożenie kabla, kosztorysy ofertowe nr 45 Zagospodarowanie terenu - Drenaż, kosztorysy ofertowe nr 46 zagospodarowanie terenu - zagospodarowanie

terenu, kosztorysy ofertowe nr 47 zagospodarowanie terenu - drogi, kosztorysy ofertowe nr 48 zagospodarowanie terenu - sieci zewnętrzne przekładki oraz kosztorysy ofertowe nr 1-4 i 7-8 na roboty ogólnobudowlane Budynków NR 1-6 na prace poza obrysem budynków). W oparciu o załączoną do SIWZ dokumentację projektową, a zwłaszcza Decyzję NR 88/2019 pozwolenia na budowę zmienioną, Decyzją Zamienną Nr 256/2020 pozwolenia na budowę z której jednoznacznie wynika, że Zamawiający zmienił funkcję i rodzaj użytkowania lokali mieszkalnych na dwa lokale usługowe w budynku NR 4 (świetlica dla dzieci i klub seniora) o powierzchni przekraczającej 150 m², każdy, które to lokale w całości w ramach tego postępowania mają zostać wykończone, wyposażone i oddane do użytkowania zgodnie z ich przeznaczeniem - funkcją. W związku z umiejscowieniem lokali użytkowych w bryle budynku mieszkalnego wartość prac konstrukcyjnych i budowlanych do stanu deweloperskiego włącznie (konstrukcje, stropy, mury, dach, elewacja stolarka zewnętrzna) powinna zostać ustalona z zastosowaniem stawki preferencyjnej. Sam Zamawiający w przedmiarach udostępnionych w procedurze przetargowej używa definicji prac planowanych do wykonania w lokalach usługowych, np. Przedmiar - Wewnętrzne instalacje elektryczne Budynek NR 4 (świetlica dla dzieci) - dział nr 4 - Kable i przewody - lokale usługowe. Odwołujący zauważył, że do wykończenia i wyposażenia dedykowanego indywidualnie tylko dla tych lokali użytkowych, gdzie zgodnie z projektem budowlanym wydzielona część usługowa posiada, także inne wymagania techniczne (np. odnośnie przepisów p.poż, wentylacji mechanicznej, instalacji sanitarnych, instalacji elektrycznych, instalacji przyzywowej itp.) od części mieszkalnej w zakresie określenia końcowej wartości tych prac powinna zostać zastosowana podstawowa stawka podatku VAT. Potwierdził to zresztą sam Zamawiający w początkowym etapie postępowania, w odpowiedziach na pytania oferentów dotyczących pierwotnych przedmiarów, odniósł się, co prawda w odpowiedzi na pytanie nr 20 dotyczące zagospodarowania terenu: *PYTANIE NR 20 (z 03.09.2020 r.): „Zamawiający w udostępnionych przedmiarach na roboty budowlane dot. budynków B1-B6, w działach dot. wykonania opasek wokół budynków, dojść i dojazdów do budynków oraz robót wykończeniowych wokół budynku zaznaczył stawkę podatku VAT równą 23%. Prosimy o podanie podstawy prawnej, interpretacji Urzędów Skarbowych itp., na podstawie których stawka VAT dla tych elementów została przyjęta”.* *ODPOWIEDŹ NA PYTANIE NR 20: „Zamawiający stoi na stanowisku, że Generalny Wykonawca, z którym zostanie podpisana umowa na usługi budowlane na mocy o art. 41 ust 12 pkt 1 ustawy o VAT ma prawo zastosować obniżoną (8%) stawkę podatku do usługi wybudowania budynków mieszkalnych wielorodzinnych wraz z wbudowanymi w bryle budynków instalacjami i urządzeniami technicznymi, natomiast do pozostałych elementów infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu, wykonywanych poza bryłą budynków, zastosowanie będzie miała podstawowa stawka podatku VAT. Kwestię opodatkowania infrastruktury*

towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu, tj. robót budowlanych wykonywanych poza bryłą budynku rozstrzygnął Naczelny Sąd Administracyjny uchwałą z dnia 3 czerwca 2013r sygn. IFPS 7/12: „Obniżona stawka podatku od towarów i usług, o której mowa w art. 41 ust. 12 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 54, poz. 535, ze zm., w brzmieniu od 1 stycznia 2008 r.) oraz § 6 ust. 2 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28 listopada 2008 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 212, poz. 1336) i w § 37 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 24 grudnia 2009 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz.U. Nr 224, poz. 1799) nie może mieć zastosowania do robót dotyczących obiektów budownictwa mieszkaniowego wykonywanych poza budynkiem”. W związku z powyższym preferencyjna stawka nie obejmuje czynności wykonywanych poza budynkami, w tym również dotyczących elementów infrastruktury budowlanej. Dla usług budowlanych wykonywanych poza obiektem budowlanym zastosowanie będzie miała zatem podstawowa stawka podatku VAT. Do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji, przebudowy lub robót konserwacyjnych dotyczących obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym zastosowanie znajdzie art. 41 ust. 12 pkt 1 ustawy o VAT. Zatem usługi budowlane dotyczące budynków oraz instalacji i urządzeń wewnętrznych korzystać będą z obniżonej 8% stawki podatku VAT. Natomiast usługi dotyczące infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu, tj. robót budowlanych wykonywanych poza bryłą budynku w myśl przywołanej uchwały NSA objęte będą podstawową 23% stawką podatku VAT”. Odwołujący wskazał, że to na wykonawcy ciąży obowiązek zastosowania odpowiedniej stawki podatku VAT, bowiem zgodnie z przepisami podatkowymi wystawca faktury odpowiada za jej prawidłowość. Zauważenia wymaga fakt, że jeśli w zamówieniu łącznie występuje kilka świadczeń, z których każde mogłoby mieć samodzielny charakter, to wtedy mówimy o usługach złożonych albo kompleksowych. W sposób szczególny należy w takich sytuacjach zwrócić uwagę na kwestie, iż dla oceny prawidłowości zastosowania stawki podatku VAT nie jest istotne zapatrywanie stron postępowania w tym zakresie, gdyż prawo podatkowe zachowuje pewną autonomiczność wobec innych gałęzi prawa, w tym prawa cywilnego. Dlatego też również postanowienia SIWZ nie mogą mieć decydującego znaczenia i wpływu na wysokość opodatkowania podatkiem od towarów i usług. Swoboda w opisie przedmiotu zamówienia i interpretacja postanowień SIWZ przez wykonawców w zakresie spraw podatkowych, nie może przekładać się w sposób bezpośredni na obowiązek podatkowy wykonawcy i nie należy z nich wywodzić stawek podatku VAT. Dlatego też dla prawidłowości ustalenia przez Zamawiającego właściwej stawki podatkowej istotne znaczenie mają przede wszystkim przepisy prawa podatkowego. Dalej podał, że przy określaniu prawidłowej stawki podatku od towarów i usług dla czynności dotyczącej obiektów budowlanych istotne jest

prawidłowe zaklasyfikowanie obiektu wg symbolu PKOB. Zamawiający zaklasyfikował ją do PKOB 1122. Zgodnie z przepisem art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o VAT, opodatkowaniu ww. podatkiem podlegają odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju. W myśl art. 7 ust. 1 ustawy o VAT, przez dostawę towarów, o której mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1, rozumie się przeniesienie prawa do rozporządzania towarami jak właściciel (...). W świetle art. 8 ust. 1 ustawy o VAT, przez świadczenie usług, o którym mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1, rozumie się każde świadczenie na rzecz osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, które nie stanowi dostawy towarów w rozumieniu art. 7 (...). W myśl przepisu art. 5a ustawy o VAT - towary i usługi będące przedmiotem czynności, o których mowa w art. 5, wymienione w klasyfikacji w układzie odpowiadającym Nomenklaturze scalonej (CN) zgodnej z rozporządzeniem Rady (EWG) nr 2658/87 z dnia 23 lipca 1987 r. w sprawie nomenklatury taryfowej i statystycznej oraz w sprawie Wspólnej Taryfy Celnej ((...)) lub w klasyfikacjach wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej, są klasyfikowane według Nomenklatury scalonej (CN) lub klasyfikacji wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej, jeżeli dla tych towarów lub usług przepisy ustawy lub przepisy wykonawcze wydane na jej podstawie powołują działy, pozycje, podpozycje lub kody Nomenklatury scalonej (CN) lub symbole klasyfikacji statystycznych. Podkreślił także należy, że zarówno w treści ustawy, jak i przepisach wykonawczych do niej, ustawodawca przewidział opodatkowanie niektórych czynności stawkami obniżonymi, bądź zwolnienie od podatku. Art. 41 ust. 2 ustawy o VAT określa, że dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, innych niż klasyfikowane według Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług w grupowaniu usługi związane z wyżywieniem (PKWiU 56), stawka podatku wynosi 7%, z zastrzeżeniem art. 114 ust. 1. Przy czym, stosownie do art. 146aa ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o VAT, w okresie od dnia 1 stycznia 2019 r. do końca roku następującego po roku, dla którego wartość relacji, o której mowa w art. 38a pkt 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, jest nie większa niż 43% oraz wartość, o której mowa w art. 112aa ust. 5 tej ustawy, jest nie mniejsza niż 6%: 1. stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 1 i 13, art. 109 ust. 2 i art. 110, wynosi 23%, 2. stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 2, art. 120 ust. 2 i 3 oraz tytule załącznika nr 3 do ustawy, wynosi 8%. Stawkę podatku, o której mowa w art. 41 ust. 2, stosuje się - w myśl art. 41 ust. 12 ustawy o VAT - 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.

Przez budownictwo objęte społecznym programem mieszkaniowym rozumie się - stosownie do treści art. 41 ust. 12a ustawy o VAT - rozumie się obiekty budownictwa mieszkaniowego lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych, lokale mieszkalne w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12, oraz obiekty sklasyfikowane w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w klasie ex 1264 - wyłącznie budynki instytucji ochrony zdrowia świadczących usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską, zwłaszcza dla ludzi starszych i niepełnosprawnych, a także mikroinstalację, o której mowa w art. 2 pkt 19 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii (Dz. U. z 2018 r. poz. 2389, z późn. zm.), funkcjonalnie z nimi związaną, z zastrzeżeniem ust. 12b. Natomiast w myśl art. 41 ust. 12b ustawy o VAT, do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym określonego w ust. 12a nie zalicza się: 1. budynków mieszkalnych jednorodzinnych, których powierzchnia użytkowa przekracza 300 m²; 2. lokali mieszkalnych, których powierzchnia użytkowa przekracza 150 m². W przypadku budownictwa mieszkaniowego o powierzchni przekraczającej limity określone w ust. 12b stawkę podatku, o której mowa w ust. 2, stosuje się tylko do części podstawy opodatkowania odpowiadającej udziałowi powierzchni użytkowej kwalifikującej do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym w całkowitej powierzchni użytkowej, z zastrzeżeniem ust. 12 pkt 2 (art. 41 ust. 12c ustawy o VAT). Stosownie do art. 2 pkt 12 ustawy o VAT, przez obiekty budownictwa mieszkaniowego rozumie się budynki mieszkalne stałego zamieszkania sklasyfikowane w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 11. Dla celów podatku od towarów i usług stosuje się przepisy rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) (Dz. U. Nr 112, poz. 1316 z późn. zm.), która to klasyfikacja stanowi usystematyzowany wykaz obiektów budowlanych. Zgodnie z ww. rozporządzeniem, w dziale 11 mieszczą się budynki mieszkalne. Dział ten obejmuje grupy budynków: 111 - mieszkalnych jednorodzinnych, 112 - o dwóch mieszkaniach i wielomieszkaniowe, 113 - zbiorowego zamieszkania. Grupa 112 obejmuje klasę: a) 1121 - Budynki o dwóch mieszkaniach. Klasa ta obejmuje: Budynki samodzielne, domy bliźniacze lub szeregowe o dwóch mieszkaniach. b) Klasę 1122 - Budynki, o trzech i więcej mieszkaniach. Klasa ta obejmuje: Budynki mieszkalne pozostałe, takie jak: budynki mieszkalne, o trzech i więcej mieszkaniach. Klasa nie obejmuje: Budynków zbiorowego zamieszkania (1130); Hotelu (1211); Schronisk młodzieżowych, domków kempingowych, domów wypoczynkowych (1212).

Z objaśnień wstępnych do Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych wynika, że budynki to zadane obiekty budowlane wraz z wbudowanymi instalacjami i urządzeniami technicznymi, wykorzystywane dla potrzeb stałych. Przystosowane są do przebywania ludzi, zwierząt lub ochrony przedmiotów. Budynki dzielą się na mieszkalne i niemieszkalne. Budynki niemieszkalne są to obiekty budowlane wykorzystywane głównie dla potrzeb niemieszkalnych. W przypadku, gdy co najmniej połowa całkowitej powierzchni użytkowej wykorzystywana jest do celów mieszkalnych, budynek klasyfikowany jest jako budynek mieszkalny. Całkowita powierzchnia użytkowa budynku obejmuje całą powierzchnię budynku z wyjątkiem: powierzchni elementów budowlanych m.in. podpór, kolumn, filarów, szybów, kominów; powierzchni zajmowanych przez pomieszczenia techniczne instalacji ogólnobudowlanych; powierzchni komunikacji, np. klatki schodowe, dźwigi, przenośniki. Część „mieszkaniowa budynku mieszkalnego obejmuje pomieszczenia mieszkalne (kuchnie, pokoje wypoczynkowe, sypialnie), pomieszczenia pomocnicze, piwnice oraz pomieszczenia ogólnego użytkowania (np. wózkarnie, suszarnie). Z uwagi na fakt, że ustawa o VAT oraz przepisy wykonawcze do ustawy nie zawierają definicji lokalu mieszkalnego i lokalu użytkowego, dlatego też należy posłużyć się w tym zakresie przepisami ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali (Dz. U. z 2019 r. poz. 1910, z późn. zm.). W myśl art. 2 ust. 1 ww. ustawy, samodzielny lokal mieszkalny, a także lokal o innym przeznaczeniu, zwane dalej „lokalami”, mogą stanowić odrębne nieruchomości. W świetle art. 2 ust. 2 tej ustawy, samodzielnym lokalem mieszkalnym, w rozumieniu ustawy, jest wydzielona trwałymi ścianami w obrębie budynku izba lub zespół izb przeznaczonych na stały pobyt ludzi, które wraz z pomieszczeniami pomocniczymi służą zaspokajaniu ich potrzeb mieszkaniowych. Przepis ten stosuje się odpowiednio również do samodzielnych lokali wykorzystywanych zgodnie z przeznaczeniem na cele inne niż mieszkalne. Spełnienie wymagań, o których mowa w ust. 1a-2, stwierdza starosta w formie zaświadczenia (art. 2 ust. 3 cyt. ustawy). Stosownie natomiast do ust. 4 powołanego artykułu, do lokalu mogą przynależeć, jako jego części składowe, pomieszczenia, choćby nawet do niego bezpośrednio nie przylegały lub były położone w granicach nieruchomości gruntowej poza budynkiem, w którym wyodrębniono dany lokal, a w szczególności: piwnica, strych, komórka, garaż, zwane dalej „pomieszczeniami przynależnymi”. Treść przywołanych wyżej przepisów wskazuje na wyraźne rozróżnienie pomiędzy pomieszczeniami pomocniczymi, które związane są z izbą lub zespołem izb przeznaczonych na pobyt stały w sposób funkcjonalny, polegający na wykorzystaniu całej przestrzeni bezpośrednio dla zaspokajania mieszkaniowych potrzeb ludzi, a pomieszczeniami przynależnymi, które chociaż w sensie prawnym stanowią część lokalu mieszkalnego, jednak w sensie funkcjonalnym służą do zaspokajania innych niż mieszkaniowe potrzeb ludzi. Jak wynika z powyższego, ww. ustawa rozróżnia pojęcia lokali mieszkalnych i lokali o innym charakterze. Pojedyncze miejsce postojowe, jako

wyodrębniona jedynie liniami część hali garażowej nie może stanowić samo w sobie pomieszczenia przynależnego lub lokalu użytkowego. Pomieszczeniem takim może być wielostanowiskowa hala garażowa, jako całe pomieszczenie, w którym znajdują się poszczególne miejsca postojowe. Ustawa o własności lokali wprowadza również pojęcie nieruchomości wspólnej, określa warunki, jakimi obwarowane jest jej powstanie i zasady obliczania w niej udziału. Według art. 3 ust. 1 ustawy o własności lokali, w razie wyodrębnienia własności lokali właścicielowi lokalu przysługuje udział w nieruchomości wspólnej jako prawo związane z własnością lokali. Nie można żądać zniesienia współwłasności nieruchomości wspólnej, dopóki trwa odrębna własność lokali. W myśl art. 3 ust. 2 ww. ustawy, nieruchomości wspólną stanowi grunt oraz części budynku i urządzenia, które nie służą wyłącznie do użytku właścicieli lokali. Mieszkaniami - stosownie do § 3 pkt 9 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2019 r. poz. 1065) - jest zespół pomieszczeń mieszkalnych i pomocniczych, mający odrębne wejście, wydzielony stałymi przegrodami budowlanymi, umożliwiającymi stały pobyt ludzi i prowadzenie samodzielnego gospodarstwa domowego. Zgodnie z § 3 pkt 10 przywołanego wyżej rozporządzenia, przez pomieszczenie mieszkalne, należy rozumieć pokoje w mieszkaniu, a także sypialnie i pomieszczenia do dziennego pobytu ludzi w budynku zamieszkania zbiorowego. Zwrócił uwagę, że ustawodawca, w powołanym wyżej art. 41 ust. 12- 12c, przyznał prawo do zastosowania obniżonej stawki podatku VAT w wysokości 8% m.in. do dostawy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym, zaliczając jednocześnie do tego budownictwa m.in. obiekty budownictwa mieszkaniowego lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych. Podkreślił, że obniżone stawki podatku mają charakter wyjątkowy, zatem winny mieć zastosowanie do towarów i usług wskazanych wprost przez ustawodawcę w ustawie o podatku od towarów i usług lub w przepisach wykonawczych do tej ustawy. Preferencyjna stawka podatku ma zastosowanie do wskazanych w przepisach czynności dotyczących obiektów budownictwa mieszkaniowego. Decydujące znaczenie ma fakt, co jest przedmiotem sprzedaży, czy podatnik dokonuje dostawy towarów, czy świadczy usługę oraz czy czynność wykonywana przez podatnika mieści się w zakresie czynności wymienionych w art. 41 ust. 12 ustawy (dostawa, budowa, remont, modernizacja, termomodernizacja, przebudowa lub roboty konserwacyjne dotyczące obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym). Zdaniem wykonawcy, z całą pewnością do robót wykończeniowych w lokalach użytkowych (świetlica dla dzieci, klub seniora) nie można zastosować preferencyjnej stawki VAT. Odwołujący słusznie zatem nie wyraził zgody na poprawę - zmianę stawki podatku VAT w ofercie dotyczących kosztorysów „KOSZTORYS OFERTOWY nr 5 Roboty ogólnobudowlane

Budynek NR 4 (świetlica dla dzieci)", „KOSZTORYS OFERTOWY nr 6 Roboty ogólnobudowlane Budynek NR 4 (klub seniora)", „KOSZTORYS OFERTOWY nr 25 Wewnętrzne instalacje sanitarne Budynek NR 4 (klub seniora, świetlica dla dzieci)", „KOSZTORYS OFERTOWY nr 38 Wewnętrzne instalacje elektryczne Budynek NR 4 (klub seniora)", „KOSZTORYS OFERTOWY nr 39 Wewnętrzne instalacje elektryczne Budynek NR 4 (świetlica dla dzieci)" i nie uznał przyjętej stawki jako oczywistej omyłki rachunkowej, ani jako innej omyłki polegające na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Wskazał, za orzecznictwem KIO, że wskazanie niewłaściwej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny i zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty. Zgodnie z ustawą prawo zamówień publicznych, która w tym zakresie odwołuje się do ustawy o cenach towarów i usług, przez cenę należy rozumieć wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. W cenie uwzględnia się ponadto podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Przez cenę rozumie się również stawkę taryfową.

Jak zauważyła Krajowa izba Odwoławcza w wyroku KIO 3229/20, jeżeli Zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT dla świadczenia objętego zamówieniem ani dla poszczególnych elementów składowych przedmiotu zamówienia, to prawidłową stawkę podatku VAT jest zobowiązany ustalić i zastosować w obliczeniu ceny oferty samodzielnie wykonawca. Zamawiający niesłusznie zatem odrzucił ofertę Odwołującego, dopuszczając jednocześnie oferty wykonawców, którzy w przedmiotowych kosztorysach wskazali stawkę preferencyjną 8%. Zgodnie z literalnym brzmieniem art. 89 ust. 1 pkt 6 Prawa zamówień publicznych. Zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty zawsze, jeżeli stwierdzi błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Ustawodawca w żaden sposób nie dookreślił, jakie błędy skutkują odrzuceniem oferty, nie dokonał w tym zakresie żadnego zróżnicowania. Przyjął zatem należy, że chodzi tutaj o każdy błąd polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki VAT, i to niezależnie od tego, czy wykonawca zastosował stawkę niższą czy też wyższą od prawidłowej. Tym samym obowiązkiem Zamawiającego było odrzucenie tych wykonawców, którzy w swoich ofertach zastosowali błędną stawkę VAT. Umieszczenie przez Zamawiającego w odrębnych przedmiarach prac związanych z wykończeniem i z instalacjami w pomieszczeniach usługowych (świetlica dla dzieci i klub seniora), a nie w przedmiarach gdzie znajduje się reszta robót związana z budową sześciu budynków, jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający zdawał sobie sprawę z konieczności zastosowania do tych prac stawki podstawowej. W tej sytuacji Odwołujący wnosi o łączną ocenę działań formalnych Zamawiającego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 30/04/21) wniósł w pierwszej kolejności o odrzucenia odwołania jako wniesionego po terminie. Wskazał, że mając (...) *na uwadze opisane w treści uzasadnienia niniejszej odpowiedzi na odwołanie okoliczności faktyczne i prawne związane ze wskazaniem przez Zamawiającego w odpowiedziach na pytania (stanowiących integralną część SIWZ) właściwych stawek podatku VAT jakie winni zastosować Wykonawcy, odwołanie przy dochowaniu należytej staranności Wykonawca powinien złożyć najpóźniej już w terminie z uwzględnieniem daty ogłoszenia odpowiedzi na pytanie nr 20, a już z całą pewnością z uwzględnieniem daty ogłoszenia odpowiedzi na pytanie nr 242, w których Zamawiający dokonał wskazania stawek podatku VAT. Termin na wniesienie odwołania wobec zmienionych postanowień SIWZ doprecyzowujących stawki podatku VAT, należało wnieść w terminie 10 dni od dnia zamieszczenia ich wskazania na stronie internetowej Zamawiającego, a więc nie później niż do 12 listopada 2020 r.*"

W przypadku nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania, wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że Zamawiający początkowo nie wskazał konkretnej stawki/konkretnych stawek podatku VAT jakie wykonawcy winni brać pod uwagę wyliczając cenę ofertową brutto. Jednak w treści odpowiedzi na pytanie nr 20 z dnia 03.09.2020 r., Zamawiający doprecyzował i wskazał iż: „Zamawiający stoi na stanowisku, że Generalny Wykonawca, z którym zostanie podpisana umowa na usługi budowlane na mocy art. 41 ust. 12 pkt 1 ustawy o VAT ma prawo zastosować obniżoną (8%) stawkę podatku do usługi wybudowania budynków mieszkalnych wielorodzinnych wraz z wbudowanymi w bryle budynków instalacjami i urządzeniami technicznymi, natomiast do pozostałych elementów infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu, wykonywanych poza bryłą budynków, zastosowanie będzie miała podstawowa stawka podatku VAT. W dalszej części odpowiedzi Zamawiający przywołał uchwałę NSA z dnia 3 czerwca 2013 r. (sygn. akt.: I FPS 7/1 2), w której NSA orzekło, iż obniżona stawka podatku VAT nie może mieć zastosowania do robót dotyczących obiektów budownictwa mieszkaniowego wykonywanych poza budynkiem. Dalej Zamawiający wskazał: „W związku z powyższym preferencyjna stawka nie obejmuje czynności wykonywanych poza budynkami, w tym również dotyczących elementów infrastruktury budowlanej. Dla usług budowlanych wykonywanych poza obiektem budowlanym zastosowanie będzie miała zatem podstawowa stawka podatku VAT. ", dalej pisząc: ...Zatem usługi budowlane dotyczące budynków oraz instalacji i urządzeń wewnętrznych korzystać będą z obniżonej 8% stawki podatku VAT. Natomiast usługi dotyczące infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu, tj robót budowlanych wykonywanych poza bryłą budynku w myśl przywołanej uchwały NSA objęte będą podstawową 23% stawką podatku VAT". Zamawiający ostatecznie w odpowiedzi na pytanie nr 242 zadane 23.09.2020r. jednoznacznie dookreślił i wskazał stawki podatku VAT jakie

winni zastosować Wykonawcy w swoich ofertach. Zamawiający udzielił bowiem Wykonawcom odpowiedzi następującej treści: „Zamawiający stoi na stanowisku, że Generalny Wykonawca, z którym zostanie podpisana umowa na usługi budowlane na mocy art. 41 ust. 12 pkt. 1 ustawy o VAT ma prawo zastosować obniżoną (8%) stawkę podatku do usługi wybudowania budynków mieszkalnych wielorodzinnych wraz z wbudowanymi w bryle budynków instalacjami i urządzeniami technicznymi, natomiast do pozostałych elementów infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu wykonywanych poza bryłą budynków zastosowanie będzie miała podstawowa stawka podatku VAT.... . Zatem usługi budowlane dotyczące budynków oraz instalacji i urządzeń wewnętrznych korzystać będą z obniżonej/ 8% stawki podatku VAT. Natomiast usługi dotyczące infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu tj. robót budowlanych wykonywanych poza bryłą budynku w myśl przywołanej uchwały NSA objęte będą podstawową 23% stawką podatku VAT. Po udzieleniu odpowiedzi na pytanie nr 242, kwestia ta nie była przedmiotem dalszych pytań ze strony wykonawców, a zatem uznać należało, iż nie budziło ich wątpliwości, że właściwym jest obliczenie ceny oferty przy uwzględnieniu stawki podatku VAT w wysokości 8% w odniesieniu do budowy budynków oraz instalacji i urządzeń wewnętrznych. natomiast stawki w wysokości 23% w odniesieniu do budowy infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu tj. robót budowlanych wykonywanych poza bryłą budynków. Wskazał na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok KIO 929/18, wyrok KIO 1744/16; KIO 1525/16. Dlatego też, należy traktować zmiany i interpretacje SIWZ dokonane przez Zamawiającego za wiążące dla każdej ze stron postępowania. Zamawiający finalnie doprecyzował i wskazał stawki podatku VAT jakie winni zastosować Wykonawcy przy obliczaniu cen ofertowych. Określenie przez Odwołującego w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowiło więc błąd w obliczeniu ceny, który co do zasady powinien skutkować odrzuceniem takiej oferty, gdyby nie zaistniały przesłanki wystąpienia 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Możliwość poprawienia przez Zamawiającego nieprawidłowej stawki podatku w ofercie jednak istniała z uwagi na fakt wskazania w SIWZ (odpowiedziach na pytania do SIWZ) konkretnych stawek podatku VAT, przy założeniu, iż w okolicznościach sprawy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powodowała istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, poprawił w ofercie Odwołującego oczywiście omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, o czym zawiadomił Odwołującego w dniu 9 lutego 2021 r. Zamawiający, w zawiadomieniu poinformował Odwołującego m.in., że działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprawił w jego ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze Specyfikacją

Istotnych Warunków Zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, w zakresie zaoferowanej stawki podatku od towarów i usług VAT dla części robót budowlanych dotyczących wykonania świetlicy dla dzieci oraz klubu seniora w Budyńku Nr 4, a także robót instalacyjnych sanitarnych i elektrycznych w ww. pomieszczeniach. Zamawiający dokonał w związku z udzieloną odpowiedzią na Pytanie nr 20 (z dnia 3 września 2020 r.), z pisma zamieszczonego na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 17 września 2020 r. „Odpowiedzi na pytania wykonawców” oraz Pytanie nr 242 (z dnia 23 września 2020 r.), z pisma zamieszczonego na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 2 listopada 2020 r. „Odpowiedzi na pytania Wykonawców z dnia 2 listopada 2020 r.”, po przeliczeniu stawki podatku od towarów i usług VAT dla poszczególnych kosztorysów zgodnie z udzielonymi odpowiedziami (...). Dowód: zawiadomienie Zamawiającego z dnia skierowane do Odwołującego. Odwołujący w dniu 12 lutego 2021 r. poinformował Zamawiającego, że nie wyraża zgody na poprawę — zmianę stawki podatku VAT w ofercie dotyczących kosztorysów: „KOSZTORYS OFERTOWY nr 5 Roboty ogólnobudowlane Budynek NR 4 (świetlica dla dzieci)”, „KOSZTORYS OFERTOWY nr 6 Roboty ogólnobudowlane Budynek NR 4 (klub seniora)”, „KOSZTORYS OFERTOWY nr 25 Wewnętrzne instalacje sanitarne Budynek NR 4 (klub seniora, świetlica dla dzieci)”, „KOSZTORYS OFERTOWY nr 38 Wewnętrzne instalacje elektryczne Budynek NR 4 (klub seniora)”, „KOSZTORYS OFERTOWY nr 39 Wewnętrzne instalacje elektryczne Budynek NR 4 (świetlica dla dzieci)” i nie uważa przyjętej stawki jako oczywistej omyłki rachunkowej, ani jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Dowód: odpowiedź Odwołującego z dnia 12 lutego 2021 r. W związku z powyższym Zamawiający, działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, odrzucił ofertę Odwołującego, ponieważ 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. Dowód: Informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego. Podkreślił, że Zamawiający na etapie przygotowywania postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego gruntownie zbadał kwestie związane z prawidłowymi stawkami podatku od towaru i usług dla poszczególnych jego elementów. W tym celu Zamawiający wystąpił o wydanie opinii (porady) podatkowej przez specjalizującą się w doradztwie podatkowym spółkę P TAX sp. z o.o., a której treść i wnioski w sposób jednoznaczny potwierdzają prawidłowość działania Zamawiającego. M. in. w oparciu o ww. opinię podatkową Zamawiający udzielił Wykonawcom odpowiedzi na pytania i wskazał prawidłowe stawki podatku od towarów i usług jakie należało zastosować przy obliczaniu ceny ofertowej. Załączył jako dowody m.in.: (1) Porada podatkowa o sygn. 0/545/08/2020 z dnia 3 sierpnia 2020 r.; (2) Wiążąca Informacja Skarbową o sygn. akt. 0112-KDSL1-2.450.706.2020.5.AP z dnia 22 stycznia 2021 r.; (3) pismo Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 17 lipca

2020 r. 0113KDIPT1-1.4012.362.2020.2.MSU. Także podkreślił, że lektura odwołania Odwołującego Przedsiębiorstwa Budowlanego „MAXBUD” ABJ Sp. z o.o. prowadzi do wniosku, iż prezentowana przez Niego argumentacja dotyczy w istocie odmiennego stanu faktycznego i zasługiwała by na uwzględnienie ale pod warunkiem zaistnienia stanu faktycznego w ramach którego przedmiotem zamówienia byłyby roboty związane tylko z pracami w obrębie klubu seniora i świetlicy dla dzieci; a nie roboty związane z kompleksową budowa budynków wielomieszkaniowych o pow. Poniżej 150 ma każdy - wówczas rzeczywiście należałoby zastosować stawkę podatku VAT w wysokości 23%. Reasumując stwierdził, że (...) *oferta złożona przez Odwołującego nie odpowiada wymogom postawionym w SIWZ przez Zamawiającego, nie zapewniając tym samym realizacji zamówienia w całości zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i warunkami jego realizacji podanymi przez Zamawiającego. Zamawiający nie może z kolei ponosić odpowiedzialności z tytułu braku należytej staranności po stronie Wykonawcy, jako profesjonalisty w obrocie gospodarczym. To na Wykonawcy spoczywa obowiązek sporządzenia oferty według wskazań Zamawiającego zawartych w SIWZ i to z taką starannością, aby jej treść nie budziła najmniejszej wątpliwości. Za prawidłowość złożonych dokumentów w ofercie i należyłą staranność w ich przygotowaniu odpowiedzialność ponosi zatem wyłącznie Wykonawca. Powyższe wskazuje zatem dobitnie na pełną zasadność czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp*”.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosili: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: WODPOL Sp. z o.o., PBO ŚLĄSK Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu oraz wykonawca: GRUPA FEWATERM Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Gromniku – wnosząc o oddalenie odwołania.

Sygn. akt: KIO 832/21

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum: WODPOL sp. z o.o., PBO ŚLĄSK sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu w odwołaniu wniesionym w dniu 15 marca 2021 r. skierowali zarzuty wobec ofert wykonawcy: GRUPA FEWATERM Sp. z o.o. Sp. k. (FEWATERM) oraz wykonawcy: Zakład Usług Budowano-Handlowych „Nowbud” A. N., E. B. Spółka Jawna (NOWBUD) dotyczące – zdaniem wykonawcy - nieprawidłowej czynności badania i oceny ofert, wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu oraz zaniechaniu odrzucenia ofert tych wykonawców. Zdaniem Konsorcjum, skutkiem dokonanych (zaniechanych) czynności Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp: 1) art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP w zw. z art. 25 ust. 1 pkt. 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty FEWATERM oraz oferty NOWBUD podczas gdy

oferty ww. wykonawców są niezgodne z SIWZ, w tym w szczególności co do zakresu wycenionego przez ww. wykonawców w ofercie (kosztorysie ofertowym);

- 2) art. 87 ust. 1 PZP oraz art. 87 ust. 2 pkt. 2 i 3 PZP w zw. z art. 25 ust. 1 pkt. 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez dokonanie poprawienia treści oferty FEWATERM oraz oferty NOWBUD tj. części błędów w kosztorysach ofertowych oraz wezwanie NOWBUD do wyjaśnienia treści oferty (kosztorysów ofertowych) podczas gdy oferty ww. wykonawców są niezgodne z SIWZ, w tym w szczególności co do zakresu wycenionego przez ww. wykonawców w ofercie (kosztorysie ofertowym);
- 3) art. 89 ust. 1 pkt. 7b) PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP oraz w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty NOWBUD podczas gdy wadium wniesione przez tego wykonawcę w formie dwóch odrębnych gwarancji ubezpieczeniowych zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, ponieważ nie spełnia wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ.
- 4) art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1) PZP oraz art. 26 ust. 3 PZP poprzez uznanie, że FEWATERM wykazał spełnianie warunków udziału dot. wykazania dysponowania kierownikiem budowy posiadającym co najmniej 5-letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy w realizacji obiektów kubaturowych (cz. V pkt. III.3.b tiret pierwszy SIWZ) oraz zaniechanie wezwania FEWATERM do uzupełnienia dokumentów dotyczących wykazania powyższego warunku, podczas gdy z wykazu osób przedłożonego przez FEWATERM nie wynika, że osoba wskazana do pełnienia funkcji kierownika budowy (p. D. N., poz. 1 wykazu osób – zał. 7) posiada wymagane doświadczenie.

W związku z powyżej wskazanymi zarzutami wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie;
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 4 marca 2021 roku;
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz odrzucenia ofert FEWATERM oraz NOWBUD jako niezgodnych z SIWZ oraz oferty NOWBUD z uwagi na wniesienie wadium, które nie spełnia wymagań Zamawiającego, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwanie wykonawcy FEWATERM do uzupełniania wykazu osób w celu wykazania spełniania warunku udziału dotyczącego kierownika robót;

5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Wykonawcy wskazali, że (...) *Odwołujący jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, ponieważ spełnione zostały przesłanki określone w art. 505 ust. 1 Nowego PZP. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego objętego Postępowaniem, a w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów PZP interes Odwołującego jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia może doznać uszczerbku. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na 3 miejscu w rankingu ofert. Odwołujący kwestionuje zarówno wybór oferty i zaniechanie odrzucenia oferty FEWATERM (1 miejsce w rankingu ofert) jak również zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy NOWBUD (2 miejsce w rankingu ofert). Dodatkowo Odwołujący wskazuje, że w związku z zastosowaniem przez Zamawiającego procedury odwróconej z art. 24aa ust. 1 PZP, wykonawca sklasyfikowany na drugim miejscu w rankingu ofert nie został na chwilę obecną sprawdzony pod kątem przesłanek wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Tym samym, brak weryfikacji podmiotowej wszystkich wykonawców dodatkowo stwarza możliwość zakwestionowania czynności Zamawiającego bez względu na obecnie zajmowane przez Odwołującego miejsce w rankingu ofert. Uwzględnienie niniejszego odwołania może bowiem pozwolić Odwołującemu na znalezienie się na pierwszym miejscu w rankingu ofert, zawarcie umowy o zamówienie, dla którego prowadzone jest Postępowanie, a w konsekwencji – na jego realizację i osiągnięcie zakładanego podczas jego realizacji zysku. Powyższe dowodzi wykazania przez Odwołującego przesłanek z art. 505 ust. 1 PZP uprawniających do wniesienia odwołania”.*

W uzasadnieniu zarzutów podniesiono następujące okoliczności.

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 87 ust. 1 i ust 2 pkt 2 i 3 Pzp (pkt. 1 i pkt 2 odwołania)

1.1 Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest budowa zespołu sześciu budynków mieszkalnych wielorodzinnych wraz z zagospodarowaniem i uzbrojeniem terenu przy ul. Wapiennej i ul. Ludwika Solskiego w Bielsku-Białej.

1.2 Zgodnie z cz. XII pkt. 2 SIWZ oraz postanowieniami §16 ust. 1 i 2, załącznika nr 4 do SIWZ (projekt umowy) wynagrodzenie za realizację zamówienia ma charakter kosztorysowy i będzie obliczane na podstawie cen jednostkowych przedstawionych w ofercie wykonawcy (kosztorysie).

1.3 Zgodnie z cz. VI pkt. 1 i 2 SIWZ na ofertę wykonawcy składa się oferta przetargowa (formularz ofertowy) oraz kosztorys ofertowy (w oryginale) wykonany metodą uproszczoną,

polegającą na obliczeniu wartości kosztorysowej robót objętych przedmiarem przygotowanym przez Zamawiającego.

1.4 Dodatkowo, zgodnie z cz. X SIWZ {Opis sposobu przygotowania ofert} Zamawiający zaznaczył, że: 2.Do oferty należy dołączyć kosztorys, sporządzony w oparciu o nin. SIWZ i jej załączniki, w tym przedmiary robót. Nieujęcie wszystkich pozycji z przedmiarów robót do wyceny (kalkulacji oferty) skutkować będzie odrzuceniem oferty Wykonawcy z postępowania, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodnej z treścią nin. SIWZ. Kosztorys stanowi obligatoryjny element oferty Wykonawcy. 3.Zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści nin. SIWZ. 4.Oferta, oświadczenia i dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory w formie załączników do nin. SIWZ, powinny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami co do treści oraz opisu kolumn i wierszy. Dowód: SIWZ obowiązujący w Postępowaniu (Załącznik nr 6).

1.5 W odpowiedziach na pytania do SIWZ Zamawiający wielokrotnie podkreślał, że nie wyraża zgody na wprowadzanie jakichkolwiek korekt w udostępnionych przedmiarach. W przypadku wątpliwości dotyczących przedmiarów wykonawcy mieli obowiązek każdorazowo zwrócić się do Zamawiającego: Dowód: Odpowiedź na pytanie nr 16, nr 19 do SIWZ (zestaw z 17 września 2020 r. – w aktach Postępowania). Odpowiedź na pytanie nr 125 do SIWZ (zestaw z 19 października 2020 r. – w aktach Postępowania). Odpowiedź na pytanie nr 86-87 do SIWZ (zestaw z 5 października 2020 r. – w aktach Postępowania).

1.6 Dodatkowo, Zamawiający wyraził zgodę na zmianę podstaw wyceny w udostępnionych przedmiarach, ale pod warunkiem zachowania kolejności, obmiaru oraz opisu pozycji. Dowód: Odpowiedź na pytanie nr 16, nr 19 do SIWZ (zestaw z 17 września 2020 r. – w aktach Postępowania).

1.7 W trakcie postępowania Zamawiający dokonywał zmian w przedmiarach, które stanowiły podstawę do sporządzenia kosztorysów. Ostateczne zestawienie przedmiarów oraz przedmiary, które miały stanowić podstawę do wyceny oferty i przygotowania kosztorysu przez wykonawców Zamawiający opublikował 18 listopada 2020 r. jako: zał. nr 22 - Zestawienie obowiązujących przedmiarów 16.11.2020.pdf (w aktach Postępowania). zał. nr 11 - Przedmiary robót Aktualizacja 16.11.2020.zip (w aktach Postępowania).

1.8 Jak wynika z porównania ostatecznej wersji przedmiarów sporządzonej przez Zamawiającego (które stanowiły podstawę do wyceny i sporządzenia oferty) oraz kosztorysów załączonych do oferty FEWATERM oraz NOWBUD kosztorysy ww. wykonawców zawierają szereg błędów, co do: a) opisu poszczególnych pozycji robót przeznaczonych do wykonania, uzupełnianych opisów lub braków w opisach; b) materiałów, które zostały wycenione przez wykonawców, a które są niezgodne z wymaganiami Zamawiającego wynikającymi z przedmiaru (np. co do wymiarów, rodzaju materiałów itp.). c) parametrów materiałów i ich charakterystyki; d) przyjętych przez wykonawców ilości lub

jednostek obmiarowych Z uwagi na obszerność informacji, rozbieżności pomiędzy wymaganiami Zamawiającego wynikającymi z przedmiarów a treścią ofert FEWATERM i NOWBUD wynikającą z kosztorysów zostały zaprezentowane w formie tabelarycznej, zaś nieścisłości wskazane zostały w kolumnie „Opis błędów”. Dowód: FEWATERM - Zestawienie błędów w kosztorysie ofertowym (Załącznik nr 7). NOWBUD - Zestawienie błędów w kosztorysie ofertowym (Załącznik nr 8).

1.9 W ocenie Odwołującego powyższe rozbieżności, opisane w Załączniku nr 7 i nr 8 do odwołania, stanowią o niezgodności oferty FEWATERM oraz oferty NOWBUD z SIWZ. Podkreślenia wymaga fakt, iż Zamawiający zarówno w SIWZ jak i wielokrotnie w odpowiedziach na pytania do SIWZ podkreślał rolę kosztorysów jako merytorycznej części oferty (opis zakresu zobowiązania wykonawcy), co ma również znaczenie w świetle przyjętego w postępowaniu modelu wynagrodzenia. Jednocześnie Zamawiający podkreślał, iż nie wyraża zgody na wprowadzania żadnych zmian i korekt w przedmiarach, a tym samym zarówno kolejność jak i opis poszczególnych pozycji kosztorysu musiał odpowiadać kolejności i opisowi pozycji z przedmiaru. Co prawda Zamawiający dopuścił zastosowanie przez wykonawców rozwiązań i materiałów równoważnych, ale w taki przypadku wykonawca był zobowiązany postępować zgodnie z instrukcją zawartą w cz. III pkt. V pkt. 4-9 SIWZ tzn. był zobowiązany wykazać taką równoważność.

1.10 (...) Zamawiający w trakcie postępowania dokonał poprawek niektórych ze wskazanych w Załączniku nr 7 i Załączniku nr 8 do odwołania błędów w kosztorysach FEWATERM oraz NOWBUD w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 PZP tj. jako oczywiste omyłki rachunkowe oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty oraz wezwał wykonawcę NOWBUD do wyjaśnienia sposobu kalkulacji poz. 2.50 w kosztorysie: „KOSZTORYS OFERTOWY - 24-B4INSTALACJE_M”. W ocenie Odwołującego skala nieprawidłowości w ofertach obu wykonawców jest tak dalece idąca, iż nie pozwala na zastosowanie przez Zamawiającego procedury opisanej w art. 87 ust. 2 PZP i traktowanie ich jako „innych omyłek” – błędy te dotyczą bowiem treści zobowiązania wykonawców odzwierciedlonego w kosztorysach ofertowych np. co do rodzajów, wymiarów, parametrów technicznych i użytkowych zastosowanych materiałów innych niż oczekiwane przez Zamawiającego – opisanych szczegółowo w Załączniku nr 7 i 8 do odwołania), a powyższe działanie nosi znamiona nieuprawnionego negocjowania treści oferty. Dowód: FEWATERM – zawiadomienie o poprawieniu omyłek (Załącznik nr 9). NOWBUD – wezwanie i zawiadomienie o poprawieniu omyłek (Załącznik nr 10).

1.11 Zamawiający był zobowiązany odrzucić ofertę FEWATERM i ofertę NOWBUD, jako niezgodną z treścią SIWZ, nie zaś dokonywać poprawek w treści ofert w celu doprowadzenia do ich zgodności z oczekiwaniami Zamawiającego (zgodności z przedmiarem).

2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (pkt. 3 odwołania)

2.1 Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w cz. VIII pkt. 13 SIWZ [Wymagania dotyczące wadium] Zamawiający zastrzegł, że: Gwarancja zapłaty wadium winna spełniać wymagania wynikające z ustawy, w szczególności musi być bezwarunkowa, nieodwołalna i płatna na pierwsze żądanie w przypadkach określonych w ustawie Pzp, powinna podlegać prawu polskiemu i być realizowana w Polsce oraz musi być ważna przez cały okres związania ofertą, określony w SIWZ, tj. przez okres nie krótszy niż 60 dni od ostatecznego terminu składania ofert.

2.2 Wykonawca NOWBUD zabezpieczył ofertę wadium w formie dwóch odrębnych gwarancji ubezpieczeniowych zapłaty wadium (na kwotę 600.000 zł wystawioną przez Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych „TUW” oraz 400.000 zł wystawioną przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group) – przy czym żadna z powyższych gwarancji ubezpieczeniowych nie spełnia wymagań Zamawiającego, ponieważ nie zawiera informacji (zastrzeżenia) o poddaniu gwarancji prawu polskiemu. Dowód: NOWBUD – ubezpieczeniowe gwarancje wadialne (Załącznik nr 11).

2.3 Brak zastrzeżenia w treści gwarancji, co do poddania jej treści prawu polskiemu, stanowi, podobnie jak zastrzeżenie o jej bezwarunkowym charakterze, nie odwoływalności oraz płatności na pierwsze wezwanie – istotny formalny element zobowiązania gwaranta, który ma zapewnić Zamawiającemu bezproblemową realizację gwarancji. Innymi słowy, zabezpieczenie oferty w formie gwarancji (bankowej lub ubezpieczeniowej) winno dawać Zamawiającemu taką samą pewność uzyskania zabezpieczenia i jego płynności jak zabezpieczenie wadialne wniesione w pieniądzu na rachunek bankowy zamawiającego.

2.4 Co więcej, dokument wadium (gwarancja ubezpieczeniowa) jako niestanowiący oferty nie może w tym zakresie podlegać wyjaśnieniu ani uzupełnieniu, a próba uzupełnienia treści gwarancji o zastrzeżenie, które nie zostało w niej ujęte prowadziłyby do zmiany jej treści.

2.5 W związku z powyższym, brak powyższego zastrzeżenia o poddaniu gwarancji prawu polskiemu stanowi niezgodność z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ. W konsekwencji oferta NOWBUD powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b) PZP.

3. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1) pzp oraz art. 26 ust. 3 Pzp (pkt.4) odwołania)

3.1 Stosownie do cz. V pkt. III.3.b) tiret pierwszy SIWZ, w celu wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu wykonawcy byli zobowiązani dysponować kierownikiem budowy posiadającym: co najmniej 5 letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy w realizacji obiektów kubaturowych, w tym co najmniej jedną realizację polegającą na budowie, rozbudowie, przebudowie budynku lub zespołu budynków (obiekty kubaturowe),

o wartości nie mniejszej niż 10 000 000,00 zł brutto (słownie: dziesięć milionów złotych 00/100);

3.2 W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału, Zamawiający wezwał wykonawcę FEWATERM do przedłożenia wykazu osób – sporządzonego zgodnie z załącznikiem nr 7 do SIWZ.

3.3 Zgodnie z wymaganiami określonymi w pkt. cz. VI II.1.3 SIWZ w wykazie wykonawca zobowiązany był wymienić osoby skierowane przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami – według wzoru stanowiącego Załącznik nr 7 do nin. SIWZ.

3.4 Z wykazu osób przedłożonego przez wykonawcę FEWATERM wynika, że funkcję kierownika budowy będzie pełnił p. D. N. Z opisu doświadczenia zawartego w wykazie (poz. 1) nie wynika jednak w żaden sposób, czy p. D. N. posiada, zgodnie z opisem warunku udziału, co najmniej 5 letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy w realizacji obiektów kubaturowych. Dowód: Wykaz osób FEWATERM (Załącznik nr 12).

3.5 (...) wykonawca FEWATERM nie wykazał spełniania warunku udziału, w opisanym powyżej zakresie, Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12 PZP w zw. z art. 25 ust. 1 pkt. 1 PZP uznając, że wykonawca FEWATERM spełnia warunku udziału w Postępowaniu. Jednocześnie, Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy FEWATERM do uzupełnienia dokumentów, celem wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu przez FEWATERM dot. doświadczenia kierownika budowy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 30/04/21) wniósł o jego oddalenie wskazując na okoliczności:

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 i art. 87 ust. 2 Pzp podał, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Punktem wyjścia dla oceny zasadności naruszenia art. 87 ust. 2 Pzp jest zatem dokonanie analizy treści normatywnej tego przepisu, który dotyczy oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, pod warunkiem że korekta nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Brzmienie tej regulacji odbiera swobodę zamawiającemu w zakresie poprawienia

omyłki, dopiero wówczas jeśli zaliczyć ją można do katalogu określonego w powołanym przepisie. Co więcej, poprawienie przez zamawiającego oczywistych omyłek pisarskich oraz rachunkowych i konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek nie wymaga uzyskania zgody wykonawcy, a wykonawca może nie wyrazić zgody na naniesienie poprawek dotyczących niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, Oświadczenie w tym zakresie powinno zostać złożone w terminie 3 dni od dnia otrzymania informacji o dokonaniu poprawki w treści jego oferty. Ustawa Pzp nie zawiera definicji oczywistej omyłki pisarskiej, w związku z czym należy posłużyć się i przytoczyć sposób interpretacji tego pojęcia w orzecznictwie sądów powszechnych, jak i samej Krajowej Izby Odwoławczej. Jak podają niektóre judykaty, oczywista omyłka pisarska może być rozumiana jako niezamierzona niedokładność, nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Może to być błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu, czy inny błąd wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a nie spowodowany uchybieniem merytorycznym. Oczywistą omyłką pisarską jest nie tylko ta omyłka, która wynika z treści formularza ofertowego, ale również ta, którą można zidentyfikować na podstawie porównania pozostałych dokumentów (tak: Sąd Okręgowy w Gdańsku, wyr. z 27 czerwca 2008 r., sygn. akt XII Ga 206/08). Istotne jest - jak orzekła KIO w wyroku z 10 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP - żeby w wyniku poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej nie zmieniła się treść oferty. Oczywista omyłka może również polegać na omyłce rachunkowej. Nowelizacją z 4 września 2008 r. Pzp zrezygnowano z enumeratywnego wyliczenia rodzajów oczywistych omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny, które zamawiający może poprawić. Celem wprowadzenia tej zmiany było uelastycznienie procesu nanoszenia zmian, dając większą swobodę uczestnikom postępowania przetargowego. Obecnie nie ma wątpliwości co do tego, że oferta może zawierać nawet błąd w obliczeniach, który rzutuje na końcową wartość oferty. Może to choćby wynikać z błędnej operacji matematycznej. Stanowisko to potwierdzała już sama Krajowa Izba Odwoławcza, wskazując, że dla stwierdzenia omyłki rachunkowej wystarczający jest fakt jej ustalenia podczas sprawdzania obliczeń zgodnie z podanym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny oferty oraz możliwość jej jednoznacznego stwierdzenia (tak też: KIO w wyrokach: z 1 września 2011 r., sygn. akt (...) z 28 września 2010 r., sygn. akt KIO Liczba omyłek rachunkowych występujących w ofercie nie ma przy tym żadnego znaczenia. Dopuszczalne jest zatem nawet nanoszenie poprawek, które mają wpływ na cenę oferty. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 listopada 2014 r. (KIO (...); KIO poprawienie oferty doprowadziło do minimalnej zmiany ceny ofertowej (0,65 zł). W ocenie Izby liczba pozycji kosztorysu, które musieli wycenić wykonawcy oraz liczba źle wypełnionych przez przystępującego pozycji prowadziły do wniosku, że zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP było nie tylko uzasadnione, ale nawet obowiązkowe. Skala niezgodności

świadczyła bowiem o tym, że była ona wynikiem omyłki. W praktyce dotyczącej przetargów na gruncie Pzp tryb poprawiania omyłek określony w art. 87 ust. 2 pkt. 3) Pzp jest/był bardzo często wykorzystywany do korygowania nieprawidłowości w kosztorysach ofertowych. Przykładowo, w wyroku z 5 maja 2011r. KIO za uzasadnione uznała poprawienie omyłki w oznaczeniu jednostki miary w jednej pozycji kosztorysu ofertowego. W świetle powyższego nie może budzić wątpliwości, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia właśnie z sytuacją, w której możliwe było poprawienie przez Zamawiającego wszystkich wskazanych przez Odwołującego pozycji. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku o sygn. akt: XII GA 429/09: artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Oznacza to przede wszystkim, że zauważone niezgodności muszą mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści. W ocenie Zamawiającego taki właśnie charakter miały omyłki wykonawców. Podkreślił, że możliwość poprawienia w ofercie oczywistych omyłek rachunkowych nie jest zależna od liczby tych omyłek, czy też ich wagi, istotności. Nie można zatem zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, iż skala i charakter błędów w ofertach FEWATERM oraz NOWBUD, obligowała Zamawiającego do ich odrzucenia. Zamawiający zgodnie z przysługującymi mu uprawnieniami, nie wykraczając poza ramy norm prawnych określonych dyspozycją art. 87 Pzp skorzystał ze swoich ustawowych uprawnień wynikających z art. 87 ust 1 Pzp w celu dokonania wyjaśnienia treści złożonych ofert oraz wynikających z art. 87 ust 2 Pzp, a to z uwagi na wystąpienie oczywistych omyłek rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności ofert z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający, co prawda, na etapie postępowania przed upływem terminu składania ofert nie wyraził zgody na wprowadzanie korekt ilościowych w stosunku do udostępnionych przedmiarów robót, jednak nie oznacza to, że Zamawiający nie miał prawa poprawiać omyłek Wykonawców w złożonych dokumentach, wręcz przeciwnie — Zamawiający w okolicznościach sprawy miał wręcz obowiązek dokonać tych poprawek, aby zachować zasadę równego traktowania Wykonawców. W ocenie Zamawiającego analiza dokonanych przez Zamawiającego poprawek w ofertach wykonawców prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż nie spowodowały one istotnych zmian w treści złożonych ofert. Większość z nich wynika bowiem bądź z omyłek spowodowanych niedopatrzaniem lub pośpiechem przy sporządzaniu kosztorysów ofertowych, bądź też ma charakter typowych literówek lub powielania identycznych pozycji przez analogię w kolejnych kosztorysach co spowodowało powtórzenie te samej omyłki. Nie sposób zatem uznać jakoby miały one charakter intencjonalny, stanowiąc typowe omyłki podlegające poprawie przez zamawiającego,

zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp. Dla zachowania większej przejrzystości odwołania, szczegółowy opis zawierający odniesienie się do poszczególnych błędów wskazanych przez Odwołującego w formie tabelarycznej, Zamawiający ujął również w formie tabeli, stanowiącej załącznik do niniejszej odpowiedzi na odwołanie. Dowód: (1) Wykaz zawierający ustosunkowanie się do błędów wykazanych przez Odwołującego dotyczących oferty wykonawcy FEWATERM, (2) Wykaz zawierający ustosunkowanie się do błędów wykazanych przez Odwołującego dotyczących oferty wykonawcy NOWBUD. Podkreślił, odnosząc się do wychwyconych i wskazanych przez Odwołującego dodatkowych omyłek, a których Zamawiający nie zauważył na etapie oceny ofert i nie dokonał ich poprawy, że nie mają one istotnego znaczenia nawet bowiem ich wprowadzenie i dokonanie związanych z tym ewentualnych korekt nie ma wpływu zarówno na ranking ofert, jak i na ceny ofert. Ponadto Odwołujący również w swoich kosztorysach ofertowych popełnił szereg analogicznych omyłek, co wymagało poprawy i wyjaśnień. Gdyby zatem próbować podzielić retorykę Odwołującego wynikającą z treści odwołania, należałoby postawić pytanie, dlaczego uprzednio w tym zakresie Odwołujący po otrzymaniu wezwania nie tylko nie protestował ale i udzielił wyjaśnień oraz zgodził się na dokonanie proponowanych poprawek. Dowód: (1) wezwanie Zamawiającego z dnia 9 lutego 2021 r. skierowane do Odwołującego, (2) odpowiedź Odwołującego na wezwanie. W związku z powyższym za bezpodstawne, a wręcz niedorzeczne i wykreowane na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego należy uznać stwierdzenie Odwołującego, jakoby Zamawiający nie mógł dokonać wskazanych przez Odwołującego poprawek, ani wyjaśniać pozycji w kosztorysie. Zamawiający potraktował wszystkich wykonawców w sposób równorzędny korzystając ze swoich uprawnień, a które wynikają wprost z przepisów powszechnie obowiązującego prawa.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b) Pzp w zw. z jej art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz w zw. z art. 7 ust. 1tej ustawy podał:

Zgodnie z Częścią VII pkt 13 SIWZ, Zamawiający wskazał, iż gwarancja zapłaty wadium winna spełniać wymagania wynikające z Pzp, a w szczególności musi być bezwarunkowa, nieodwoalna i płatna na pierwsze żądanie w przypadkach określonych w Pzp powinna podlegać prawu polskiemu i być realizowana w Polsce oraz musi być ważna przez cały okres związania ofertą, określony w SIWZ, tj. przez okres nie krótszy niż 60 dni od ostatecznego terminu składania ofert. Wskazał, że sposób ww. sformułowań jasno obrazuje, jakie elementy gwarancja musi zawierać, tj. elementy sprowadzające się do jej bezwarunkowości, nieodwoalności i płatności na pierwsze żądanie, a jakie jedynie powinna. Treść gwarancji przedłożonych przez NOWBUD jednoznacznie wskazuje, iż są one nieodwoalne i bezwarunkowe, co oznacza, że gwarant zobowiązał się do zapłaty bez żadnych dodatkowych warunków i bez możliwości odwołania tego zobowiązania. To

zdaniem Zamawiającego wyczerpuje ustawowe wymogi odnośnie do treści wadium. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, z dokumentu gwarancji nie musi wprost, bezpośrednio i w sposób literalnie wyrażony wynikać, że gwarancja podlega prawu polskiemu. Powyższe nie zmienia faktu, iż lektura gwarancji przedłożonych przez NOWBUD nie pozostawia najmniejszych wątpliwości, iż podlegają one prawu polskiemu. Z ich treści jednoznacznie wynika bowiem, iż: a) ich wystawcą i Gwarantem jest podmiot mający siedzibę w Polsce, zarejestrowany w polskim rejestrze przedsiębiorców KRS; b) w przypadku sporów mogących wyniknąć z gwarancji podlegają one rozpoznaniu przez sąd właściwy dla siedziby Beneficjenta gwarancji, czyli Zamawiającego. W stosunku gwarancji brak jest jakiegokolwiek czynnika zagranicznego, który umożliwiłby jakiegokolwiek dywagacje na temat właściwości prawa w tym przypadku. Gwarancja udzielona została przez podmiot krajowy na rzecz Zamawiającego. W związku z powyższym należy przyjąć, że gwarancje złożone przez NOWBUD nie tylko podlegają prawu polskiemu, ale i że nie zaistniały jakiegokolwiek nieprawidłowości, które mogłyby w jakikolwiek realny sposób narażać interes Zamawiającego na uszczerbek. W konsekwencji i ten stawiany przez Odwołującego zarzut jest chybiony, a Zamawiający nie miał żadnych podstaw do zastosowania w przedmiotowej kwestii regulacji z art. 89 ust. 7b Pzp.

Odnosnie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1) PZP art. 26 ust. 3 PZP wskazał, że zgodnie z treścią Części V pkt III ppkt 1.3 lit. b) SIWZ, Zamawiający wymagał m.in., aby Wykonawca w celu wykazania spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej na poziomie minimalnym wykazał, że dysponuje osobami, które będą skierowane przez niego do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, posiadającymi uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, w szczególności kierownikiem budowy posiadającym:

1. uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej lub odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów;
2. co najmniej 5 letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy w realizacji obiektów kubaturowych, w tym co najmniej jedną realizację polegającą na budowie, rozbudowie, przebudowie budynku lub zespołu budynków (obiekty kubaturowe), o wartości nie mniejszej niż 10 000 000,00 zł brutto (słownie: dziesięć milionów złotych 00/100).

Zgodnie z pkt. 3 Uwagi, umiejscowionym pod Częścią V pkt III ppkt 1,3 lit. b) SIWZ, za okres doświadczenia osoby Zamawiający uzna czas liczony od dnia uzyskania uprawnień budowlanych do dnia składania ofert. ”

W przedstawionym przez Wykonawcę Grupa FEWATERM Sp. z o.o. wykazie osób, jako osobę mającą pełnić funkcję kierownika budowy został wskazany Pan D. N., który jak wynika z przedłożonych Zamawiającemu dokumentów, uzyskał uprawnienia budowlane w dniu 2

lipca 2013 r. W związku z powyższym wskazana przez wykonawcę osoba spełnia wymagania Zamawiającego, a zarzut Odwołującego jest nie tylko bezpodstawny ale i całkowicie niezrozumiały.

Reasumując stwierdził, że oferty wykonawców FEWATERM i NOWBUD odpowiadają wymogom postawionym w SIWZ przez Zamawiającego, zapewniając tym samym realizację zamówienia w całości zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i warunkami jego realizacji podanymi przez Zamawiającego. Zamawiający dokonał z kolei jedynie takich poprawek czy wyjaśnień, do których był bądź uprawniony bądź wręcz zobligowany, a następnie dokonał w sposób w pełni należyty i uprawniony wyboru najkorzystniejszej oferty.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawcy GRUPA FEWATERM Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Gromniku wnosząc także o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020) [dalej: ustawa Pwu), do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. (dalej: ustawa Pzp), wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019) (dalej: nPzp).

Odwołania w niniejszej sprawie zostało wniesione w dniu 10 marca 2021 r. (sygn. akt KIO 769/21) i w dniu 15 marca 2021 r. (sygn. akt KIO 832/21) Izba zatem wydając wyrok w niniejszej sprawie, stosowała w postępowaniu odwoławczym przepisy nPzp z dnia 11 września 2019 r.

Sygn. akt: KIO 769/21

Wnoszący odwołanie wykonawca - Przedsiębiorstwo Budowlane „Maxbud” ABJ Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (wykonawca Maxbud) zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu o sygn. akt KIO 769/21 naruszenie art. 91 ust. 1, art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp.

Izba rozpatrując wniosek Zamawiającego zgłoszony w odpowiedzi na odwołanie o odrzucenie tego odwołania jako wniesionego po terminie, uznała ten wniosek za niezasadny. Zamawiający w uzasadnieniu tego wniosku podał, że ma na uwadze opisane w odwołaniu okoliczności faktyczne i prawne związane ze wskazaniem przez Zamawiającego w odpowiedziach na pytania (stanowiących integralną część SIWZ) właściwych stawek podatku VAT jakie winni zastosować wykonawcy. Zatem, jego zdaniem, odwołanie przy dochowaniu należytej staranności wykonawca powinien złożyć w terminie z uwzględnieniem daty ogłoszenia odpowiedzi na pytanie nr 20, a już z całą pewnością z uwzględnieniem daty ogłoszenia odpowiedzi na pytanie nr 242, w których Zamawiający dokonał wskazania stawek podatku VAT. Termin na wniesienie odwołania wobec zmienionych postanowień SIWZ doprecyzowujących stawki podatku VAT, należało - jego zdaniem - wnieść w terminie 10 dni od dnia zamieszczenia ich wskazania na stronie internetowej Zamawiającego, a więc nie później niż do 12 listopada 2020 r.

Izba stwierdza, że zarzuty wskazane w odwołaniu dotyczą naruszenia przepisów ustawy Pzp, w związku z wyborem najkorzystniejszej oferty (art. 91 ust.1 ustawy Pzp) oraz odrzuceniem oferty Odwołującego (art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp). Wykonawca nie podniósł samodzielnego i wyłącznego zarzutu do stawek podatku VAT wskazanych w szczególności w odpowiedzi z dnia 2.11.2020 r. na pytanie 242 z dnia 23.09.2020 r. Tym samym ten wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania z powodów wskazanych w odpowiedzi na odwołanie nie podlegał uwzględnieniu.

Jednakże Izba wskazane odpowiedzi na pytania wykonawców uwzględniała w kontekście argumentacji w związku z podnoszonymi w odwołaniu zarzutami - naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp - stwierdzając, że te zarzuty wobec wskazanych odpowiedzi na pytania wykonawców nie zasługują na uwzględnienie. Przede wszystkim Izba miała na uwadze, że Zamawiający ostatecznie w odpowiedzi na pytanie nr 242 jednoznacznie dookreślił i wskazał stawki podatku VAT jakie wykonawcy byli obowiązani zastosować w ofertach, a mianowicie usługi budowlane dotyczące budynków oraz instalacji i urządzeń wewnętrznych miały korzystać z obniżonej 8% stawki podatku VAT, a usługi dotyczące infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu (robót budowlanych wykonywanych poza bryłą budynku) z podstawowej 23% stawki podatku VAT. Ta kwestia nie była przedmiotem dalszych pytań ze strony wykonawców. Tak jak słusznie wskazywał Zamawiający, finalnie doprecyzował i wskazał stawki podatku VAT jakie powinni zastosować wykonawcy przy obliczaniu cen ofertowych i to stanowisko Zamawiającego było wiążące dla każdej ze stron postępowania. Zatem określenie przez Odwołującego w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem innych stawek podatku od towarów i usług stanowiło błąd w obliczeniu

ceny, który co do zasady powinien skutkować odrzuceniem takiej oferty, gdyby nie zaistniały przesłanki wystąpienia z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Słusznie wskazał Zamawiający, że możliwe było poprawienia przez Zamawiającego nieprawidłowej stawki podatku w ofercie wykonawcy z uwagi na fakt wskazania w SIWZ (odpowiedziach na pytania do SIWZ) konkretnych stawek podatku VAT, przy założeniu, iż w okolicznościach sprawy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powodowała istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający zatem, działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, poprawił w ofercie Odwołującego oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, o czym zawiadomił Odwołującego w dniu 9 lutego 2021 r. W zawiadomieniu poinformował Odwołującego o powyższym wskazując na dokonane poprawki, w zakresie zaoferowanej stawki podatku dla części robót budowlanych dotyczących wykonania świetlicy dla dzieci oraz klubu seniora w Budynku Nr 4, a także robót instalacyjnych sanitarnych i elektrycznych w ww. pomieszczeniach. W tym zawiadomieniu konsekwentnie wskazał na odpowiedzi na Pytanie nr 20 (z dnia 3 września 2020 r.), oraz na Pytanie nr 242 (z dnia 23 września 2020 r.). Odwołujący w dniu 12 lutego 2021 r. w odpowiedzi na to zawiadomienie poinformował Zamawiającego, że nie „*wyraża zgody na poprawę — zmianę stawki podatku VAT w ofercie dotyczących kosztorysów: „KOSZTORYS OFERTOWY nr 5 Roboty ogólnobudowlane Budynek NR 4 (świetlica dla dzieci)”, „KOSZTORYS OFERTOWY nr 6 Roboty ogólnobudowlane Budynek NR 4 (klub seniora)”, „KOSZTORYS OFERTOWY nr 25 Wewnętrzne instalacje sanitarne Budynek NR 4 (klub seniora, świetlica dla dzieci)”, „KOSZTORYS OFERTOWY nr 38 Wewnętrzne instalacje elektryczne Budynek NR 4 (klub seniora)”, „KOSZTORYS OFERTOWY nr 39 Wewnętrzne instalacje elektryczne Budynek NR 4 (świetlica dla dzieci)” i nie uważa przyjętej stawki jako oczywistej omyłki rachunkowej, ani jako innej omyłki polegające na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty*”. W związku z powyższym Zamawiający, działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego, ponieważ 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 ustawy Pzp.

Tym samym odrzucając ofertę wykonawcy Maxbud nie naruszył wskazanych w podstawie odrzucenia przepisów ustawy Pzp art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6. Także nie naruszył - dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty - wskazanego w odwołaniu art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i ust. 3 tej ustawy.

Sygn. akt: KIO 832/21

Wnoszący odwołanie wykonawcy (Konsorcjum) - WODPOL sp. z o.o., PBO ŚLĄSK sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu w odwołaniu o sygn. akt KIO 832/21 podnoszone w nim naruszenia przepisów ustawy Pzp skierowali wobec oferty wykonawcy GRUPA FEWATERM Sp. z o.o. Sp. k. (wykonawca Fewaterm) oraz wykonawcy Zakład Usług Budowano-Handlowych „Nowbud” A. N., E. B. Spółka Jawna (wykonawca Nowbud)

Konsorcjum wskazując na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp w zw. z jej art. 25 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 tej ustawy stwierdziło, że oferty wskazanych wykonawców są niezgodne z SIWZ, w szczególności co do zakresu wycenionego przez ww. wykonawców w ofercie (kosztorysie ofertowym). Zdaniem Konsorcjum, Zamawiający dokonując poprawienia w tych ofertach, części błędów w kosztorysach ofertowych oraz wzywając wykonawcę Nowbud do wyjaśnienia treści oferty (kosztorysów ofertowych) (podczas gdy oferty ww. wykonawców są niezgodne z SIWZ, w tym w szczególności co do zakresu wycenionego przez wykonawców w kosztorysie ofertowym) naruszył także art. 87 ust. 1 Pzp oraz jej art. 87 ust. 2 pkt. 2 i 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 tej ustawy.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z tym przepisem możliwe jest poprawienie innych omyłek (aniżeli pisarskie lub rachunkowe), które dotyczą niezgodności oferty ze specyfikacją pod warunkiem, że taka korekta nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. W niniejszej sprawie Zamawiający prawidłowo dokonał kwestionowanych w odwołaniu poprawek, które nie spowodowały istotnych zmian w treści kwestionowanych ofert. Powyższe korekty – jak wskazywał Zamawiający i przystępujący wykonawca - dotyczyły ok 40 pozycji spośród wymaganych we wszystkich kosztorysach ponad 9.000 pozycji. Większość ze wskazanych pozycji – jak argumentował Zamawiający - była wynikiem bądź omyłek spowodowanych niedopatrzaniem lub pośpiechem przy sporządzaniu kosztorysów ofertowych, bądź też miała charakter typowych literówek lub powielania identycznych pozycji przez analogię w kolejnych kosztorysach co spowodowało powtórzenie te samej omyłki. Nie sposób zatem uznać jakoby miały one charakter intencjonalny, stanowiąc typowe omyłki podlegające poprawieniu przez zamawiającego, zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp. Także dodatkowe omyłki wskazane przez Odwołującego które nie zostały poprawione nie mają istotnego znaczenia nawet bowiem ich wprowadzenie i dokonanie związanych z tym ewentualnych korekt nie ma wpływu zarówno

na ranking ofert, jak i na ceny ofert. Izba także podzieliła stanowisko Zamawiającego, że Odwołujący również w kosztorysach ofertowych popełnił analogiczne omyłki, co wymagało poprawy i wyjaśnień, bez protestu wykonawcy. Z okoliczności tej sprawy wynika zatem, że Zamawiający traktował wszystkich wykonawców w sposób równorzędny w ramach jego uprawnień wynikających z przepisów ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 7b) Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp dotyczącego oferty wykonawcy Nowbud, Izba zgodziła się z argumentacją Zamawiającego, że treść gwarancji wyczerpuje ustawowe wymagania odnoszące się do treści wadium w formie dokumentu gwarancyjnego. Jednoznacznie w ich treści wskazano, że są one nieodwołalne i bezwarunkowe, co oznacza, że gwarant zobowiązał się do zapłaty bez żadnych dodatkowych warunków i bez możliwości odwołania tego zobowiązania. Rzeczywiście Zamawiający w części VII pkt 13 SIWZ, zawarł zastrzeżenie, że powinna podlegać prawu polskiemu i być realizowana w Polsce oraz musi być ważna przez cały okres związania ofertą, określony w SIWZ, tj. przez okres nie krótszy niż 60 dni od ostatecznego terminu składania ofert. Jednakże sposób sformułowań obrazuje, jakie elementy gwarancja musi zawierać, tj. elementy sprowadzające się do jej bezwarunkowości, nieodwołalności i płatności na pierwsze żądanie. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, z dokumentu gwarancji nie musiało – wobec brzmienia postanowienia SIWZ - wprost, bezpośrednio i w sposób literalnie wyrażony wynikać, że gwarancja podlega prawu polskiemu. Izba zgodziła się jednocześnie z Zamawiającym, że z treści dokumentów nie można wywodzić, że te gwarancje nie podlegają prawu polskiemu, chociażby dlatego, jak wskazywał Zamawiający, że ich wystawcą i gwarantem jest podmiot krajowy (mający siedzibę w Polsce, zarejestrowany w polskim rejestrze przedsiębiorców KRS), a w przypadku sporów mogących wynikać z gwarancji podlegają one rozpoznaniu przez sąd właściwy dla siedziby beneficjenta gwarancji, czyli Zamawiającego. W stosunku do tych gwarancji brak jest jakiegokolwiek czynnika zagranicznego, który umożliwiłby jakiegokolwiek wnioski, co do właściwości prawa innego niż prawo polskie. Tym samym brak było podstaw do zastosowania wobec oferty wykonawcy Nowbud regulacji z art. 89 ust. 7b ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z jej art. 25 ust. 1 pkt 1) oraz art. 26 ust. 3 tej ustawy wobec oferty wykonawcy Fewaterm, Izba także podzieliła stanowisko Zamawiającego, że sposób potwierdzenia wymagania z części V pkt III ppkt 1.3 lit. b) SIWZ przez tego wykonawcę, koresponduje z postanowieniem tego punktu. Tak jak podał Zamawiający wymagał, aby wskazany kandydat do pełnienia funkcji kierownika

budowy posiadał: a) uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej lub odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów; b) co najmniej 5 letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy w realizacji obiektów kubaturowych, w tym co najmniej jedną realizację polegającą na budowie, rozbudowie, przebudowie budynku lub zespołu budynków (obiekty kubaturowe), o wartości nie mniejszej niż 10 milionów złotych. Zgodnie z pkt. 3 Uwagi, umiejscowionym pod V. III ppkt 1,3 lit. b) SIWZ, (...) *za okres doświadczenia osoby Zamawiający uzna czas liczony od dnia uzyskania uprawnień budowlanych do dnia składania ofert.* Izba zwraca uwagę, że wymagane uprawnienie ma dotyczyć uprawnienia budowlanego do kierowania robotami budowlanymi. W przedstawionym przez wykonawcę Fewaterm Wykazie osób, jako osobę mającą pełnić funkcję kierownika budowy został wskazany Pan D. N., który jak wynika z przedłożonych dokumentów, uzyskał uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w dniu 2 lipca 2013 r. W związku z powyższym, co do wskazanej przez wykonawcę osoby w związku z treścią uwagi potwierdzone zostały wymagania, co do 5.0 letniego doświadczenia, uwzględniając opisaną w warunku i wskazaną w Wykazie jedną realizację polegającą na budowie, rozbudowie, przebudowie budynku lub zespołu budynków (obiekty kubaturowe), o wartości nie mniejszej niż 10 mln zł. Dodatkowo Izba zauważa, że taki sposób potwierdzania doświadczenia mógł wywoływać wątpliwości, jednakże to postanowienie przed upływem terminu składania ofert nie było kwestionowane. Dodatkowo Izba zauważa, że projekty których dotyczy wskazane 5.0 letnie doświadczenie wykonawca Fewaterm opisał szczegółowo w zgłoszonym przystąpieniu do postępowania odwoławczego.

Reasumując Izba stwierdziła, że oferty wykonawców Fewaterm i Nowbud nie podlegały odrzuceniu, a zatem wskazywane wobec tych ofert naruszenia przepisów ustawy Pzp nie są zasadne.

Mając powyższe ustalenia na uwadze orzeczono o oddaleniu odwołania o sygn. akt KIO 769/21 i o sygn. akt: KIO 832/21 jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba, wobec oddalenia wskazanych odwołań o syg. akt: KIO 769/21 i o syg. akt: KIO 832/21, uwzględniła art. 575 nPzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

.....