

WYROK

z dnia 16 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 14 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 31 stycznia 2022 r. przez wykonawcę CONEKS Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Ogrodzieniec,

przy udziale wykonawcy R. W., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą: Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa W. R., Chechło ul. Kluczevska 120A, 32-310 Klucze, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu numerem 3 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty wykonawcy R. W. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą: Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa W. R. w części nr 1 i 3 postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na błąd w obliczeniu ceny.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 17 zł (słownie: siedemnaście złotych, zero groszy) poniesioną przez Odwołującego z tytułu opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża stosownie do wyniku postępowania odwoławczego w 1/4 Zamawiającego oraz w 3/4 Odwołującego i zasądza od Zamawiającego Gminy Ogrodzieniec na rzecz Odwołującego CONEKS Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 404 zł (słownie: trzy tysiące czterysta cztery złote, zero groszy).

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 2021 r., poz. 1129) 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

Zamawiający Gmina Ogrodzieniec prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, dalej: „PZP”) postępowanie w trybie podstawowym, którego przedmiotem jest *„Kompleksowe unieszkodliwienie odpadów zawierających azbest z budynków mieszkalnych i gospodarczych na terenie Gminy Ogrodzieniec (Etap I) – 3 części”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 listopada 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00286508/01.

W dniu 31 stycznia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy CONEKS Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Warszawie, w którym zarzucił on Zamawiającemu:

1) mające istotny wpływ na wynik postępowania, naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy PZP - poprzez odrzucenie oferty Coneks spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. z siedzibą w Warszawie w Części nr 1 i nr 3 Postępowania z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia, w sytuacji, gdy Zamawiający winien był poprawić omyłki powodujące niezgodność oferty z dokumentami zamówienia jako niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy PZP;

2) mające istotny wpływ na wynik postępowania, naruszenie przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy PZP - poprzez zaniechanie poprawienia przez Zamawiającego w ofercie Odwołującego omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, mimo, że w stanie faktycznym sprawy Zamawiający był do tego zobowiązany, a niedokonanie tej czynności i brak poprawienia ww. omyłek doprowadził do odrzucenia oferty Odwołującego;

3) mające istotny wpływ na wynik postępowania, naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy PZP - przez brak odrzucenia oferty wykonawcy R. W., prowadzącej działalność pod firmą: Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa W. R., Chechło, ul. Kluczewska 120a, 32-310 Klucze, w Części nr 1 i nr 3 Postępowania, w sytuacji, gdy oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny;

4) mające istotny wpływ na wynik postępowania, naruszenie przepisu art. 239 ust. 1 ustawy PZP - przez brak wyboru oferty Coneks spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. z siedzibą w Warszawie w Części nr 1 i nr 3 Postępowania, w sytuacji gdy była to najkorzystniejsza oferta złożona w Postępowaniu.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie unieważnienia przez Zamawiającego czynności z dnia 24 stycznia 2022 roku, polegającej na wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez R. W., działającą pod firmą: Firma Produkcyjno- Handlowo-Uslugowa W. R., Chechło, ul. Kluczewska 120a, 32-310 Klucze, NIP: 6371088185 - w Części nr 1 i nr 3 Postępowania;
- 2) nakazanie unieważnienia przez Zamawiającego czynności z dnia 24 stycznia 2022 roku, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego - Spółki CONEKS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. z siedzibą w Warszawie - w Części nr 1 i nr 3 Postępowania;
- 3) nakazanie Zamawiającemu ponownej czynności badania i oceny oferty Odwołującego z uwzględnieniem argumentacji zawartej w niniejszym odwołaniu; ewentualnie o nakazanie Zamawiającemu ponownej czynności badania i oceny oferty Odwołującego z uwzględnieniem argumentacji zawartej w niniejszym odwołaniu i nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do wyjaśnienia oferty w trybie art. 223 ust. 1 ustawy PZP;
- 4) nakazanie Zamawiającemu poprawienia, na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3) PZP, innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty z SWZ niepowodujących istotnych zmian w treści oferty poprzez przeliczenie cen jednostkowych na wymagane przez siebie jednostki miary;
- 5) nakazanie wyboru przez Zamawiającego oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym Postępowaniu - w Części nr 1 i nr 3 Postępowania;
- 6) nakazanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez R. W., działającą pod firmą: Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa W. R., Chechło, ul. Kluczewska 120a, 32-310 Klucze, NIP: 6371088185 - w części nr 1 i nr 3 Postępowania;
- 7) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów wpisu - wg norm przepisanych.

Jak argumentował Odwołujący, odrzucenie oferty Coneks było bezpodstawne i jako takie narusza przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP. Należy podkreślić, że w treści Specyfikacji Warunków Zamówienia nie określono jednoznacznie, iż ceny jednostkowe w stosunku do wszystkich rodzajów robót objętych zamówieniem mają zostać przeliczone w odniesieniu do jednego metra kwadratowego.

W programie funkcjonalno-użytkowym oraz Inwentaryzacji (zestawieniu pomocniczym), stanowiących załączniki do SWZ i zawierających podstawy do obliczenia wynagrodzenia i kosztów wykonania robót, użyto natomiast dokładnie takich samych jednostek miar jakich w ofercie, w stosunku do poszczególnych robót, użyła spółka Coneks. Określenie „cena netto

za 1 m²”, jako właściwe dla wszystkich rodzajów robót, znalazło się tylko w tabeli „Założenia wartości jednostkowych (dla wszystkich części) - TYP I” i zostało przez Spółkę potraktowane jedynie jako jednostka przykładowa - przystawała ona bowiem wyłącznie do kilku rodzajów robót wyszczególnionych w tej tabeli.

Jak dalej wskazuje Odwołujący w treści odwołania, w praktyce nie przelicza się bowiem robót polegających np. na montażu anten i innych urządzeń, montażu instalacji odgromowej, lejów i rur spustowych, czy też sporządzaniu dokumentacji robót - na metry kwadratowe. Dlatego też, w pozycjach: „Wywóz i transport odpadów na składowisko”, „Ponowny montaż zdemontowanych okien połaciowych (jeżeli były demontowane)”, „Montaż nowych rynien w rozmiarze odpowiednim do powierzchni dachu z materiału blacha powlekana - tylko w przypadku gdy budynek był w nie wcześniej wyposażony”, „Montaż nowych lejów spustowych i rur spustowych z materiału blacha powlekana - tylko w przypadku gdy budynek był w nie wcześniej wyposażony”, „Montaż nowej instalacji odgromowej - tylko w przypadku gdy budynek był w nią wcześniej wyposażony”, „Montaż anten i innych urządzeń (podesty, ławy kominiarskie, kolektory, śniegołapy, drabinki), które były na dachu zamocowane przed przystąpieniem do prac”, „Uprzątnięcie placu budowy, wywóz pozostałych odpadów”, „Sporządzenie stosownej dokumentacji i jej zgłoszenie”, Wykonawca Coneks użył jednostek miar powszechnie używanych do tego rodzaju robót i użytych w dokumentacji Postępowania. Przeliczenie wartości ww. robót na metry kwadratowe w oparciu o nieprecyzyjne warunki zamówienia przedstawione przez Zamawiającego było niemożliwe - w żadnym z dokumentów postępowania nie określono bowiem, w stosunku do „jakiego” metra kwadratowego należało te wartości przeliczać.

Mając to na uwadze, Spółka dookreśliła jednostki miar niektórych prac do takich, jakie w praktyce obrotu gospodarczego są przyporządkowane do danego typu robót. Reasumując, warunki zamówienia określone przez Zamawiającego były na tyle nieprecyzyjne, że Wykonawca miał prawo do złożenia oferty zgodnej z zasadami sztuki budowlanej. Skoro nie wpływa to ostatecznie na wartość wynagrodzenia, nie mogło to stanowić przesłanki do odrzucenia oferty.

Zdaniem Odwołującego użyte przez Coneks jednostki miar nie wpływają na ostateczne wynagrodzenie zaproponowane w ofercie. Przeliczenie zaproponowanych przez Wykonawcę cen jednostkowych na metry kwadratowe jest możliwe, bowiem ilości poszczególnych robót zostały wyszczególnione w Inwentaryzacji (zestawieniu pomocniczym) w takich samych jednostkach, jakich użyła Spółka. Możliwe jest zatem łatwe przeliczenie przez Zamawiającego zaproponowanych przez Coneks cen jednostkowych w wymagany przez siebie sposób.

O ile Zamawiający miałby jakiegokolwiek wątpliwości dotyczące sposobu przeliczenia jednostek użytych przez Odwołującego na metry kwadratowe, winien on wezwać Odwołującego do wyjaśnienia oferty w trybie art. 223 ust. 1 PZP.

Przechodząc do zarzutu błędu w obliczeniu ceny, Odwołujący podkreślił, że pozostaje w przekonaniu, że wykonawca R. W., działająca pod firmą: Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa W. R., w swojej ofercie wskazała stawkę VAT 23% i wg takiej stawki obliczyła ceny jednostkowe pozycji: „Usunięcie płyt azbestowo-cementowych z poszycia dachu przy zastosowaniu odpowiednich zabezpieczeń”, „Wywóz i transport odpadów na składowisko” oraz pozycji „Zdeponowanie na składowisku” - w stosunku do budynków gospodarczych. Jak wskazano powyżej, stawka ta jest nieprawidłowa i winna wynieść 8%.

Jak kontynuował Odwołujący zastosowanie stawki 23% powoduje, że oferta wykonawcy R. W. zawiera merytoryczny błąd zarówno w cenach jednostkowych, jak też w łącznej wartości oferowanego wynagrodzenia. Tego rodzaju błędu nie da się natomiast usunąć bez zmiany wynagrodzenia, tj. bez zmiany oferty. W rozdziale XVII. „Sposób obliczenia ceny” SWZ, określono: „Wykonawca poda w Formularzu Ofertowym stawkę podatku od towarów i usług (VAT) właściwą dla przedmiotu zamówienia, obowiązującą według stanu prawnego na dzień składania ofert. Określenie ceny ofertowej z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług (VAT) potraktowane będzie, jako błąd w obliczeniu ceny i spowoduje odrzucenie oferty, jeżeli nie ziszczą się ustawowe przesłanki omyłki (na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 pzp w związku z art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp).”

Powyższy zarzut spółka Coneks opiera o fakt, iż - jak wyżej wskazano - sama została wezwana przez Zamawiającego o wyjaśnienie zastosowania 8% stawki VAT w przypadku budynków gospodarczych. Skoro Zamawiający żądał wyjaśnienia tej pozycji od Coneks, zasadnym jest założenie, że drugi z oferentów zastosował stawkę w wysokości 23%, co nie wzbudziło wątpliwości Zamawiającego. W celu potwierdzenia wymienionego zarzutu Odwołujący pismem z dnia 25 stycznia 2022 r., doręczonym w tym samym dniu Zamawiającemu, wezwał Zamawiającego do udostępnienia protokołu postępowania oraz oferty wykonawcy R. W., wraz z całą korespondencją wymienioną przez tego wykonawcę z zamawiającym w ramach postępowania (np. wezwania zamawiającego, informacje o poprawieniu omyłek, odpowiedzi wykonawcy i inne składane pisma) powstałą do dnia udostępnienia dokumentów.

Niestety, mimo iż wszystkie dokumenty w postępowaniu mają postać zdigitalizowaną i nie wymagają żadnej obróbki przed udostępnieniem, zaś od dnia złożenia przedmiotowego wniosku do chwili składania niniejszego odwołania upłynęło już 6 dni, Zamawiający aż do

ostatniego dnia terminu na złożenie niniejszego odwołania, tj. 31.01.2022 r., nie przesłał spółce Coneks zawnioskowanych dokumentów. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający winien był odrzucić ofertę R. W., działającej pod firmą: Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa W. R., co przy jednoczesnym unieważnieniu odrzucenia oferty Coneks skutkowałoby koniecznością wyboru oferty tej Spółki w części 1 i 3 zamówienia, zaś przy utrzymaniu odrzucenia oferty Coneks w mocy - koniecznością unieważnienia całego postępowania. W obu tych przypadkach Coneks ma zatem interes prawny w domaganiu się odrzucenia oferty R. W..

W dniu 3 lutego 2022 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca R. W., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa R. W.. Następnie pismem z dnia 12 lutego 2022 r. przedstawił on swoje stanowisko w sprawie. Wniósł o zwrot odwołania, jako nieprawidłowo opłaconego, ewentualnie o oddalenie odwołania w całości.

W treści pisma Przystępujący wyrażał wątpliwości co do prawidłowego opłacenia odwołania przez Odwołującego z uwagi na zawarcie w treści odwołania sformułowania, że „wpis został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Miasta Stołecznego Warszawy”.

W razie nieuwzględnienia powyższego wniosku, przedstawił także argumentacją na odparcie twierdzeń Odwołującego. Podkreślił, że niezgodność oferty Odwołującego z SWZ ma charakter merytoryczny i istotny. Zgodnie z postanowieniami umowy wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy i ma być ono rozliczane w taki sposób (por. § 9 projektowanych postanowień umowy – załącznika nr 1 do SWZ). Co więcej, zgodnie z pkt XIX.6 SWZ przed podpisaniem umowy wybrany wykonawca jest zobowiązany przedłożyć kosztorys szczegółowy opiewający na cenę oferty z podziałem na branże. Do wykonania tego obowiązku konieczne było sformułowanie oferty w sposób zgodny z wymaganiami SWZ, w tym jasnymi i precyzyjnymi postanowieniami wzoru formularza oferty (załącznik nr 2 do SWZ). Powyższe oznacza, że ceny jednostkowe wskazane w ofercie mają następnie istotne znaczenie dla rozliczenia przedmiotowego zadania zarówno w relacji Zamawiający-Wykonawca, jak i w relacji Zamawiającego z Instytucją Zarządzającą, celem rozliczania dofinansowania przedmiotowego zamówienia uzyskanego ze środków Unii Europejskiej. Samowolne wprowadzenie przez Odwołującego wyceny w stosunku do innych jednostek miary powoduje, że Zamawiający nie będzie w stanie w oparciu o dane wskazane w ofercie Odwołującego prawidłowo realizować tych rozliczeń. Prawidłowe podanie cen jednostkowych w formularzu oferty ma więc istotne znaczenie zarówno dla badania i oceny ofert (ze względu na konieczność zachowania ich porównywalności), jak i dla procesu realizacji i rozliczenia umowy.

Jak dodał, w sytuacji przedstawienia ceny w sposób niezgodny z założeniami SWZ nie będzie możliwe zgodne z wymaganiami tego dokumentu rozliczanie umowy. Powyższe świadczy o merytorycznej i istotnej niezgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia – przy wynagrodzeniu kosztorysowym, którego istotą jest rozliczanie prac według faktycznie zrealizowanych robót w oparciu o stawki ujęte w kosztorysie ofertowym wykonawcy, rzetelna wycena poszczególnych pozycji kosztorysowych ma doniosłe znaczenie (por. np. wyroki KIO: z dnia 9 czerwca 2016 r., KIO 897/16, z dnia 30 listopada 2017 r., KIO 2407/17, z dnia 27 kwietnia 2017 r., KIO 693/17).

W postępowaniach, w których przewidziane było rozliczenie kosztorysowe nie ma przyzwolenia na odstępstwa od postanowień ustalonego przez Zamawiającego przedmiaru (por. wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2020 r., KIO 1492/20).

Niezgodność oferty Odwołującego z SWZ polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami dokumentów postępowania dotyczącymi sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania ofertowego (por. wyrok KIO: z dnia 18 lutego 2020 r., KIO 222/20).

Nie ma przy tym znaczenia fakt, że niezgodne z SWZ są tylko niektóre elementy ujęte w kosztorysie - oferta wykonawcy ma w pełni, a nie tylko w części, odpowiadać wymogom i treści SWZ (por. np. wyroki KIO: z dnia 10 sierpnia 2020 r., KIO 1458/20).

Podsumowując, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp nie jest zasadny. Uwzględniając okoliczności sprawy należy wskazać, że oferta Odwołującego w częściach 1 i 3 została odrzucona słusznie.

Jak podkreśla Przystępujący dokonana przez Odwołującego samowolnie zmiana pozycji kosztorysowych w ofercie spowodowała niezgodność tej oferty w częściach nr 1 i 3 z warunkami zamówienia. Niezgodność ta ma charakter permanentny i nie nadaje się do sanowania w żadnej przewidzianej w ustawie pzp formule.

Co więcej, Odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp pomimo, iż z odwołania wynika jednoznacznie, że sposób ukształtowania przez Odwołującego oferty nie jest omyłkowy. Odwołujący bowiem wskazuje wyraźnie i wprost, że świadomie i celowo zmienił zastosowane jednostki miary. Świadczy o tym choćby następujące sformułowanie „Mając to na uwadze, Spółka dookreśliła jednostki miar niektórych prac do takich, jakie w praktyce obrotu gospodarczego są przyporządkowane do danego typu robót.” (por. odwołanie, str. 4).

Zgodnie z orzecnictwem KIO nie można w tym przypadku mówić o omyłce w działaniu Odwołującego. Wpisanie wskazanych w kosztorysie wartości było działaniem celowym, co

wyklucza dokonywanie poprawy na podstawie art. 223 ust. 2 pzp (por. np. wyroki KIO: z dnia 9 czerwca 2016 r., KIO 897/16, z dnia 27 maja 2021 r., KIO 1225/21, z dnia 14 maja 2021 r., KIO 865/21).

Skoro więc Odwołujący świadomie i celowo dokonał zmiany założonych przez Zamawiającego do kosztorysowania jednostek miary, to nie może skutecznie powoływać się na konieczność poprawiania tak sformułowanej oferty w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Prowadziłoby to do zaprzeczenia charakteru instytucji poprawy omyłek, która – ze swojej natury – dotyczy sytuacji nie objętych zamierzeniem wykonawcy.

Zdaniem Przystępującego, jeśli Odwołujący miał wątpliwości związane ze sposobem ukształtowania treści formularza oferty lub też planowanego sposobu dokonywania rozliczeń przez Zamawiającego, to mógł i powinien zadać w tym zakresie pytania do SWZ w trybie art. 135 pzp. Takiego zachowania należy wymagać od profesjonalnego podmiotu, który przystępuje do przetargu objętego zamówieniem publicznym (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 r., IV CSK 626/13, wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 24 czerwca 2021 r., I ACa 234/20, wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 5 października 2018 r., VI Ga 452/18, wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 28 lutego 2018 r., I AGa 44/18).

Nie może Odwołujący dokonywać zmian w tym zakresie uzurpując sobie rolę gospodarza postępowania, która to rola w sposób jednoznaczny przyznana jest Zamawiającemu (art. 37 ust. 1 ustawy pzp). To Zamawiający zna cele i uwarunkowania, z którymi wiąże się dane zamówienie i on dobiera w SWZ właściwe w tym obszarze środki. W niniejszej sprawie w postanowieniach SWZ (załącznik nr 2 do SWZ – Formularz oferty) w sposób jasny i precyzyjny wymagały aby ceny jednostkowe¹ były określone dla jednostki, którą był metr kwadratowy. Jest to wpisane wprost, z użyciem powszechnie zrozumiałych określeń.

Nie są w tym zakresie zasadne wywody Odwołującego o tym, iż rzekomo jednostki takie, jak wskazał on w swojej ofercie miały wynikać z PFU. PFU był dokumentem opisującym przedmiot zamówienia, a nie sposób kalkulacji ceny oferty. Żadne jego postanowienie nie narzucało odmiennego sposobu wyceny czy rozliczeń, niż wynikający z formularza oferty (załącznik nr 2 do SWZ) czy projektowanych postanowieniach umowy (załącznik nr 1 do SWZ).

Podobnie ma się rzecz z inwentaryzacją. Przede wszystkim dotyczy ona obiektów z listy rezerwowej, co powoduje, że nie wiadomo nawet, czy któryś z obiektów z tej inwentaryzacji zostanie objęty realizacją zamówienia. Ponadto, podobnie jak PFU, nie zawiera ona żadnych wytycznych w zakresie kształtowania cen w ofercie. A już na pewno nie stanowi *lex specialis*

w stosunku do formularza oferty (załącznik nr 2 do SWZ). Co więcej, jak wskazuje nawet sama nazwa inwentaryzacji, dokument ten miał charakter pomocniczy.

Dokonując zmiany formularza w sposób samowolny Odwołujący przyjął na siebie ryzyko związane z dokonaną w nieautoryzowany sposób zmianą. W tym przypadku doprowadziło go to do złożenia oferty niezgodnej z warunkami zamówienia w zakresie części nr 1 i 3, a przez to – oferty podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp.

Jak dodał Przystępujący, Odwołujący w odwołaniu przedstawia de facto zarzuty dotyczące treści SWZ. Tego rodzaju zarzuty są spóźnione na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie powinny być brane pod uwagę przez Izbę.

W zakresie zarzutu dotyczącego błędu w obliczeniu ceny Przystępujący wskazał, że zastosował w przedmiotowej ofercie prawidłową, zgodną z przepisami stawkę podatku VAT. Wynika to w szczególności z przedstawionych przez Przystępującą wyjaśnień treści oferty i przedstawionego w nich orzecznictwa. Wyjaśnienia te zostały prawidłowo ocenione przez Zamawiającego, który uznał je za potwierdzające prawidłowe skalkulowanie oferty w częściach nr 1 i 3 przez Przystępującą.

Z ostrożności Przystępująca wskazuje także, że posłużenie się podstawową stawką podatku VAT w sytuacji, gdy nawet zastosowanie mogłaby znaleźć stawka preferencyjna, nie mieści się w zakresie zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp (art. 89 ust. 1 pkt 6 poprzedniej ustawy pzp). Stanowisko takie jest ugruntowane w orzecznictwie Izby (por. np. wyroki KIO: z dnia 6 listopada 2012 r., KIO 2294/12, z dnia 20 marca 2014 r., KIO 430/14, z dnia 31 marca 2014 r., KIO 489/14, z dnia 23 listopada 2015 r., KIO 2390/15, z dnia 12 stycznia 2016 r., KIO 2831/15, z dnia 10 kwietnia 2013 r., KIO 735/13, z dnia 24 marca 2016 r., KIO 349/16, z dnia 15 listopada 2018 r., KIO 2242/18, z dnia 8 kwietnia 2019 r., KIO 504/19).

Powyższe stanowisko wynika między innymi z uwzględnienia celu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest wybór oferty najkorzystniejszej. Za nieracjonalne i nie znajdujące podstawy w przepisach Izba uznała odrzucanie ofert, które są obliczone przy zastosowaniu podstawowej stawki podatkowej, a które pomimo to są najkorzystniejsze w postępowaniu.

Izba wielokrotnie wskazywała także na fakt, że zgodnie z przepisami ustawy o podatku od towarów i usług stawka podstawowa stanowi zasadę, a jej stosowanie ma charakter reguły. W konsekwencji stosowanie stawek preferencyjnych i zwolnień nie jest obowiązkiem wykonawców, jako podatników, lecz ich uprawnieniem. Nie można wobec wykonawcy czynić zarzutu z zastosowania stawki podstawowej, do czego ma on zawsze prawo. Zwłaszcza w

sytuacji, w której mogłyby występować wątpliwości co do uprawnienia do zastosowania stawki preferencyjnej. Także przepisy prawa podatkowego nie wiążą z zastosowaniem stawki podstawowej VAT żadnych negatywnych konsekwencji dla wykonawcy (por. np. wyroki KIO: z dnia 12 stycznia 2016 r., KIO 2831/15, z dnia 2 marca 2018 r., KIO 292/18, z dnia 28 maja 2020 r. KIO 782/20).

Zdaniem Przystępującego, należy także wskazać, że sposób, w jakim Przystępująca przyjęła do kalkulacji ceny oferty stawki VAT nie ma żadnego negatywnego wpływu na przebieg niniejszego postępowania. Nie ma wątpliwości co do tego, co jest przedmiotem oferty Przystępującej, a w szczególności, że przedmiotem oferty Przystępującej jest pełne i kompletne wykonanie przedmiotu zamówienia określonego w SWZ dla części nr 1 i 3.

Nie wynika też z tego żadnego rodzaju uprzywilejowanie Przystępującej. Przeciwnie, przyjmując dla prac objętych zarzutami podstawową stawkę podatku VAT Przystępująca miała, od strony ekonomicznej, trudniejsze zadanie od Odwołującego. Pomimo zastosowania dla tych prac podstawowej stawki podatku VAT (wyższej o 15%) Przystępująca złożyła w postępowaniu w częściach nr 1 i 3 konkurencyjne oferty. Widać to szczególnie w części nr 1, gdzie cena oferty Przystępującej jest niższa, niż cena oferty Odwołującego.

Swoje stanowisko wyraził również Zamawiający, składając w dniu rozprawy, odpowiedź na odwołanie. Wniósł on o oddalenie odwołania i przedstawił argumentację dla poparcia swoich twierdzeń. Jak podkreślał, złożona przez Odwołującego oferta zawierała inne jednostki miary i w konsekwencji inne wartości cen cząstkowych, składające się na ustalenie wartości zamówienia, niż żądał tego Zamawiający. W formularzy oferty Zamawiający wyraźnie wskazał, że niektóre pozycje robót składające się na przedmiot zamówienia winny być wyrażone w wartości ceny netto za 1 metr kwadratowy. Tymczasem Odwołujący zastąpił w formularzu oferty wartość 1 metra kwadratowego własnymi jednostkami miary i podał w ofercie cenę za tonę, sztukę, metr bieżący i komplet.

Jak wskazywał Zamawiający, specyfika prowadzonego postępowania, realizowanego przy współfinansowaniu środkami zewnętrznymi i udziale finansowym osób fizycznych, wymaga od Zamawiającego stworzenia mechanizmu rozliczenia prowadzonych robót nie tylko w skali ogólnej jako całości zamówienia ale również rozliczenia jednostkowej wymiany dachu. Z tego też względu wymagał przedstawienia przez wykonawców ceny za 1 metr kwadratowy. Jak dodał, zgodnie z projektowanymi postanowieniami umowy, wynagrodzenie wykonawcy ma charakter kosztorysowy, co oznacza, że kryterium wartości metra kwadratowego robót ma istotne i praktyczne znaczenie dla realizacji planowanego zadania.

Podkreślił, że oczekiwanie Odwołującego poprawienia przez Zamawiającego jego oferty jest całkowicie chybione. Jego zdaniem nie jest możliwym przeliczenie przyjętych przez

Odwołującego jednostek miary, gdyż w przeliczeniu takim mieści się polityka cenowa Odwołującego, jego intencje i czynniki cenotwórcze znane wyłącznie jemu. Prawidłowe i zgodne z intencjami Odwołującego przeliczenie wymagałoby współpracy, wyjaśnień, wiedzy i konsultacji stron – co nosiłoby znamiona negocjacji dotyczących treści złożonej oferty, co na gruncie ustawy PZP jest niedopuszczalne. W związku z powyższym uchybienia Odwołującego nie dało się naprawić w drodze dopuszczalnych ustawą PZP środków.

W zakresie zarzutu dotyczącego błędu w obliczeniu ceny Przystępującego wskazał, że żądanie to opiera Odwołujący nie na analizie konkurencyjnej oferty, a na własnym przekonaniu o możliwych błędach w zastosowanej stawce. W rzeczywistości Przystępujący zastosował w ofercie stawki tego podatku w wysokości 8% i 23% oraz w trybie wyjaśnienia oferty złożył wyjaśnienie w zakresie podstaw zastosowanej stawki, wskazując że zróżnicowanie stawek wynika z zastosowanie stawki preferencyjnej w robotach prowadzonych w budynkach mieszkalnych i podstawowej stawki w pozostałych pracach. Wyjaśnienie to Zamawiający uznał za zasadne i odpowiadające prawu.

W związku z powyższą argumentacją wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. treści SWZ wraz z załącznikami, treści ofert Odwołującego i Przystępującego, wyjaśnień zastosowania stawek VAT składanych przez Odwołującego i Przystępującego odpowiednio pismami z dnia 29.12.2021 r. oraz z dnia 03.01.2022 r. wraz załącznikami. Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, że:

Zamawiający Gmina Ogrodzieniec prowadzi w trybie podstawowym postępowanie, którego przedmiotem jest *„Kompleksowe unieszkodliwienie odpadów zawierających azbest z budynków mieszkalnych i gospodarczych na terenie Gminy Ogrodzieniec (Etap I) – 3 części”*.

Zgodnie z §9 ust. 1 załącznika nr 1 do SWZ „Projektowane postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego”:

„1. Za wykonanie przedmiotu umowy (za daną część) ustala się wynagrodzenie kosztorysowe w wysokości zł netto,% podatku VAT w kwocie zł, tj. zł brutto (słownie:), zgodnie ze złożoną ofertą przetargową. Rozliczenie robót nastąpi w oparciu o kosztorys powykonawczy.”

Zgodnie z sekcją XIX pkt 6 SWZ „Przed podpisaniem umowy Wykonawca zobowiązany będzie przedłożyć kosztorys szczegółowy opiewający na cenę oferty z podziałem na branże”.

Według treści załącznika nr 2 do SWZ „Formularz ofertowy”, w zakresie kryterium cenowego, dla każdego typu robót (Typ I i II) należało wskazać oddzielnie cenę netto i brutto wraz z określeniem kwoty podatku VAT dla robót objętych stawką podatku 8% oraz cenę netto i brutto wraz z określeniem kwoty podatku VAT dla robót objętych stawką podatku 23%.

Dodatkowo, w tabeli oznaczonej jako: „**Założenia wartości jednostkowych (dla wszystkich części) – TYP I**” oraz w tożsamej tabeli dla TYP II – należało dla każdej z pozycji oznaczonej jako „Zakres pracy”, wskazać cenę netto za 1m² oraz stawkę podatku VAT (%) dla budynków mieszkalnych oraz budynków gospodarczych.

Zgodnie z ofertą Odwołującego w tabeli „**Założenia wartości jednostkowych (dla wszystkich części) – TYP I**”, dla pozycji „Usunięcie płyt azbestowo – cementowych z poszycia dachu przy zastosowaniu odpowiednich zabezpieczeń” wskazał on stawkę VAT dla budynków mieszkalnych jak i budynków gospodarczych w wysokości 8%. W pozostałych pozycjach dla budynków mieszkalnych wskazana została stawka 8% natomiast dla budynków gospodarczych stawka 23%. Wyjątkiem była pozycja „Sporządzenie stosownej dokumentacji i jej zgłoszenie” gdzie w obu miejscach zastosowano stawkę 23%.

Dodatkowo dla pozycji „Wywóz i transport odpadów na składowisko”, „Ponowny montaż zdemontowanych okien połaciowych (jeżeli były demontowane)”, „Montaż nowych rynien w rozmiarze odpowiednim do powierzchni dachu z materiału blacha powlekana – tylko w przypadku gdy budynek był w nie wcześniej wyposażony”, „Montaż nowych lejów spustowych i rur spustowych z materiału blacha powlekana – tylko w przypadku gdy budynek był w nie wcześniej wyposażony”, „Montaż nowej instalacji odgromowej - tylko w przypadku gdy budynek był w nią wcześniej wyposażony”, „Montaż anten i innych urządzeń (podesty, ławy kominiarskie, kolektory, śniegołapy, drabinki), które były na dachu zamocowane przed przystąpieniem do prac”, „Uprzątnięcie placu budowy, wywóz pozostałych odpadów” w rubryce „Cena netto za 1m²” użył on innych jednostek miar, tj. wskazał cenę za tonę, za sztukę, za metr oraz za komplet.

Zgodnie z treścią oferty Przystępującego w tabeli „**Założenia wartości jednostkowych (dla wszystkich części) – TYP I**”, dla wszystkich pozycji tabeli stawka VAT dla budynków mieszkalnych została określona w wysokości 8%, a dla budynków gospodarczych w wysokości 23%. W kolumnie „Cena netto za 1m²” zostały podane odpowiednie stawki bez stosowania innych jednostek miar.

Zamawiający pismem z dnia 28 grudnia 2021 r. oraz z dnia 30 grudnia 2021 r. wezwał odpowiednio Odwołującego i Przystępującego do wyjaśnień w zakresie zastosowania w tabeli stawek podatku VAT. Zgodnie z treścią pisma skierowanego do Odwołującego „... prosi o wyjaśnienie treści tabeli pt.: „Założenia wartości jednostkowych (dla 1 części) – TYP I, w pozycji pierwszej pt.: „Usunięcie płyt azbestowo – cementowych z poszycia dachu przy zastosowaniu odpowiednich zabezpieczeń”. Zamawiający prosi o podanie podstawy prawnej zastosowania obniżonej, tj. 8% - owej stawki podatku VAT dla budynków gospodarczych oraz wskazanie odpowiedniego numeru PKWiU dla tej pozycji. Wyjaśnień prosimy udzielić do dnia 30.12.2021 r. do godz. 12:00 na adres: zamowieniapubliczne@ogrodzieniec.pl.”

Natomiast zgodnie z wezwaniem skierowanym do Przystępującego „... prosi o wyjaśnienie zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 23% dla budynków gospodarczych dla wszystkich czynności, łącznie z tymi, które są bezpośrednio związane z likwidacją azbestu. W opinii Zamawiającego, czynności w zakresie demontażu wyrobów azbestowych powinny być opodatkowane stawką w wysokości 8%, o ile są zakwalifikowane do PKWiU 39.00.14.0 bez względu na to, czy budynek jest mieszkalny czy gospodarczy. Zamawiający prosi o podanie podstawy prawnej zastosowania podstawowej, 23% stawki podatku VAT dla wszystkich rodzajów robót w budynkach gospodarczych. Wyjaśnień prosimy udzielić do dnia 04.01.2022 r. do godz. 10:00 na adres: zamowieniapubliczne@ogrodzieniec.pl.”

Jak wskazał w swojej odpowiedzi Odwołujący: „...informujemy, że podstawą prawną dla zastosowanej stawki podatku VAT w wysokości 8% jest art. 41 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U.2021.685 t.j.).

Zakres prac obejmujący kompleksową usługę demontażu płyt azbestowo-cementowych wraz z transportem i utylizacją jest sklasyfikowany w grupowaniu PKWiU pod numerem 39.00.14.0. "Usługi związane z odkażaniem budynków". Dla celów podatkowych ww. usługi mieszczą się w grupowaniu PKWiU 39.00.1 „Usługi związane z odkażaniem i czyszczeniem” - pozycja nr 36 załącznika nr 3 do ustawy o VAT (por. np.: Pismo z dnia 13 maja 2020 r., Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej, 0113-KDIPT1-1.4012.248.2020.1.MH: „Rozliczanie VAT przez gminę w związku z usuwaniem wyrobów azbestowych”, Pismo z dnia 6 sierpnia 2021 r., Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej, 0112-KDIL1-1.4012.347.2021.2.JKU: „Rozliczanie VAT przez gminę w związku z usuwaniem wyrobów azbestowych”, Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Bydgoszczy z dnia 7 maja 2019 r. I SA/Bd 181/19).

Ponadto pragniemy poinformować, że zastosowana 8% stawka VAT dotyczy wszystkich pozycji obejmujących kompleksowe usługi polegające na demontażu, zbieraniu, transporcie oraz unieszkodliwianiu wyrobów zawierających azbest z nieruchomości stanowiących

własność osób fizycznych, zarówno dla budynków mieszkalnych jak i gospodarczych. Tak więc w pozycji drugiej - Wywóz i transport odpadów na składowisko oraz pozycji trzeciej - Zdeponowanie na składowisku, w kalkulacji ceny obu wariantów zastosowaliśmy prawidłową stawkę podatku VAT w wysokości 8%, o czym informujemy w niniejszym piśmie i prosimy o uznanie powyższych pozycji tabeli pt. „Założenia wartości jednostkowych (dla wszystkich części) – TYP I”, w odniesieniu do budynków gospodarczych. jako oczywistej omyłki pisarskiej. Omyłka ta nie ma znaczenia dla oferty, ponieważ nie powoduje istotnej zmiany jej treści, tj. nie powoduje zmiany zaoferowanej ceny.” Do pisma załączone zostały także interpretacje Dyrektora KIS 0113-KDIPT1-1.4012.248.2020.1.MH, 0112-KDIL1-1.4012.347.2021.2.JKU oraz Wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 7 maja 2019 r. I SA/Bd 181/19.

Zgodnie z odpowiedzią Przystępującego: „W związku z art. 41 ust. 12 z preferencyjnej stawki VAT w wysokości 8% można skorzystać dla robót budowlanych dla budynków objętych społecznym programem mieszkaniowym. Budynki gospodarcze nie są objęte tym programem, a więc nie można skorzystać z preferencyjnej stawki VAT. Budynki gospodarcze- garaże nie są wykorzystywane do celów mieszkaniowych, ponad to są to budynki wolnostojące poza bryłą budynku, nie dają więc podstaw do zastosowania preferencyjnej stawki podatkowej (Wojewódzki Sąd Administracyjny w Poznaniu w wyroku z 18.05.2017 r., sygn. akt I SA/Po 1091/16), są objęte 23% stawką VAT. W związku z tym nasza firma zastosowała 23% stawkę VAT”.

Następnie Zamawiający pismem z dnia 11.01.2022 r. powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o unieważnieniu Części nr 2 postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy PZP.

Z kolei pismem z dnia 24.01.2022 r. Zamawiający poinformował, że:

„a) jako najkorzystniejsza w Części nr 1 została wybrana oferta Wykonawcy: Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa W. R.

b) jako najkorzystniejsza w Części nr 3 została wybrana oferta Wykonawcy Firma Produkcyjno-Handlowo-Uslugowa W. R.”

Dodatkowo Zamawiający poinformował, że „na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP odrzucił ofertę Wykonawcy CONEKS Sp. z o. o. Sp. K. w części nr 1 i 3 z uwagi na fakt, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający w formularzu ofertowym w tabeli dot. założeń wartości jednostkowych dla Typu I wymagał podania cen netto za zakres wymienionych w niej prac, każdej pozycji za 1m². Do upływu terminu składania ofert Wykonawca nie kwestionował jednostki miary, w której Zamawiający wymagał

zwymiarowania i wyceny poszczególnych pozycji. Dopiero składając ofertę, Wykonawca w tabeli zastosował inne niż wymagane przez Zamawiającego jednostki miary, np. za tonę, sztukę, metr czy komplet, co spowodowało niezgodność oferty z warunkami zamówienia i obowiązek odrzucenia oferty Wykonawcy. Zamawiający informuje, że przyjął taką jednostkę miary (m²), aby móc się rozliczyć z każdym mieszkańcem oraz rozliczyć dofinansowanie z Instytucją Zarządzającą”.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła, co następuje:

odwołanie podlegało uwzględnieniu w zakresie jednego z zarzutów, w pozostałym zakresie podlegało oddaleniu.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy PZP i skierowała sprawę na rozprawę. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu wykonawcę R. W., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa W. R. ustalając, że przystąpienie wpłynęło w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy PZP.

Wniosek Przystępującego dotyczący zwrotu odwołania z uwagi na jego nieprawidłowe opłacenie podlegał oddaleniu. Po weryfikacji Izba stwierdziła, że opłata została uiszczona w prawidłowy sposób, a Odwołujący jedynie w treści odwołania mylnie wskazał, że opłata uiszczona została na rachunek Urzędu Miasta Stołecznego Warszawy.

Uzasadnienie prawne

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu oddalonego, dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, w sytuacji gdy, zdaniem Odwołującego, Zamawiający winien był poprawić omyłki powodujące niezgodność oferty z dokumentami zamówienia jako niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Definicja warunków zamówienia zawarta jest z kolei w art. 7 pkt 29 ustawy PZP, zgodnie z którym, należy przez to pojęcie rozumieć warunki, które

dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z ust. 1 pkt 5 konieczne jest uchwycenie, na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a warunkami zamówienia polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia (tak np.: Wyrok z dnia 12 lipca 2021 r., KIO 1387/21).

Zgodnie z treścią formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ, Zamawiający w tabeli „**Założenia wartości jednostkowych (dla wszystkich części) – TYP I**” oraz w tożsamej tabeli dla Typu II, wymagał podania cen netto za zakres wymienionych w niej pracy, w każdej pozycji za 1 m². Jak wskazywał Zamawiający, przeliczenie cen za 1 m² było mu niezbędne by prawidłowo rozliczyć się z mieszkańcami oraz w celu prawidłowego rozliczenia projektu finansowanego ze środków zewnętrznych. Istnienie obowiązku wskazania w formularzu ofertowym takiego przeliczenia nie było kwestionowane na etapie zgłaszania pytań do specyfikacji. Co prawda Zamawiający nie wskazał konkretnego sposobu przeliczenia cen, jednak niewątpliwym jest, że taki obowiązek obciążał wykonawców składających oferty, bowiem załączniki do SWZ są jej elementami konstytutywnymi.

Odwołujący nie zrealizował jednak ciężącego na nim obowiązku i w niektórych pozycjach zaniechał przeliczenia cen za 1 m², używając innych jednostek miary. Jak wskazywał na rozprawie Odwołujący, nie był on w stanie przeliczyć stawek, które były proponowane w kilku pozycjach wartości jednostkowych, na metry kwadratowe, z uwagi na to, że nie wiadomo było w stosunku do czego należy podawane ceny przeliczać czy też, że niektórych robót nie da się przeliczyć bezpośrednio w sposób wymagany przez Zamawiającego.

Co wymaga podkreślenia, podobnych problemów nie miał jednak Przystępujący, który przeliczył proponowane ceny jednostkowe na cenę netto za 1 m².

Uznać zatem należy, co było bezsporne, że istniała niezgodność treści oferty z warstwą merytoryczną SIWZ. Odwołujący przyznał, że świadomie wpisał do tabeli inne jednostki miary. Kwestionował on jedynie zasadność postawienia takiego warunku, ewentualnie jego nieprecyzyjność.

Jak wynika z definicji warunków zamówienia, należy przez to rozumieć także wymagania związane z realizacją zamówienia oraz wymagania proceduralne narzucone przez Zamawiającego. Zdaniem Izby obowiązek przeliczenia cen jednostkowych na cenę netto za

1 m² jest właśnie takim wymaganiem o charakterze formalnym i związanym z realizacją zamówienia, który był jasno postawiony przez Zamawiającego. Dodatkowo, co zostanie uwypuklone w dalszej części uzasadnienia, takie wymaganie przy wynagrodzeniu kosztorysowym urasta do rangi istotnego elementu oferty.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, jakoby brak przeliczenia przez niego cen niektórych pozycji na ceny netto za 1 m², był skutkiem nieprecyzyjnych postanowień dokumentacji, należy stwierdzić, iż po pierwsze: zapisy SWZ nie były przez niego kwestionowane na etapie kiedy było to możliwe, po drugie: skutkiem przyjęcia nieprecyzyjności dokumentacji w tym zakresie, byłoby stwierdzenie, że Odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji zastosowania się do takich nieprecyzyjnych zapisów, gdyby wykonał obowiązek narzucony przez Zamawiającego, nie do końca w ten sam sposób, w jaki żądał tego Zamawiający, jednak w sposób jaki był możliwy do wyinterpretowania z nieprecyzyjnych zapisów. Natomiast w rozpatrywanej sprawie Odwołujący w ogóle nie wykonał obowiązku przeliczenia cen jednostkowych (w odniesieniu do kilku pozycji) na cenę netto za 1 m². Zastosował on inne jednostki miary. Nie można zatem mówić, że zrealizował on obowiązek narzucony mu przez Zamawiającego w sposób jaki był możliwy do wyinterpretowania z dokumentacji zamówienia.

Co istotne w rozpatrywanej sprawie, wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter kosztorysowy. Potwierdzają to zapisy projektowanych postanowień umowy, stanowiących załącznik nr 1 do SWZ. Przy wynagrodzeniu kosztorysowym, którego istotą jest rozliczanie prac wg faktycznie zrealizowanych robót w oparciu o stawki ujęte w kosztorysie ofertowym wykonawcy, rzetelna wycena poszczególnych pozycji kosztorysowych ma doniosłe znaczenie (tak np.: wyrok z dnia 27 kwietnia 2017 r., KIO 687/17). Z tego względu, o czym wspomniane było wcześniej, zaniechania Odwołującego w tym zakresie należy uznać za istotne braki jego oferty.

Odnosząc się natomiast do drugiej części zarzutu nr 1 oraz zarzutu nr 2, tj. zaniechania poprawienia przez Zamawiającego w ofercie Odwołującego omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, mimo, że zdaniem Odwołującego, Zamawiający był do tego zobowiązany, stwierdzić należy, że także ten zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zgodnie z treścią art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Pierwszym warunkiem umożliwiającym dokonanie poprawy jest zatem stwierdzenie, że niezgodność oferty z wymaganiami zamawiającego nastąpiła w

sposób niezamierzony przez wykonawcę (tak np.: wyrok z dnia 20 lipca 2021 r., KIO 1559/21). Już ten pierwszy warunek nie został spełniony, gdyż Odwołujący zarówno w treści odwołania jak i przedstawiając swoje stanowisko na rozprawie przyznał, że świadomie wprowadził do tabeli dane w innych jednostkach niż wymagane przez Zamawiającego.

Nie występują zatem w przedmiotowej sprawie przesłanki do tego, by mówić o możliwości korekty elementów oferty Odwołującego przy pomocy instytucji poprawy omyłki. Co dodatkowo popiera argumentację w tym zakresie, w sytuacji gdy zastosowanie ma wynagrodzenie kosztorysowe, brak wyceny którejs z pozycji kosztorysu ofertowego, nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia woli, nie mieszczącym się w pojęciu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP (tak w odniesieniu do poprzedniego stanu prawnego wyrok z dnia 11 lutego 2010 r., KIO 1833/09).

Nie ma przy tym znaczenia fakt, że niezgodne z SWZ są tylko niektóre elementy ujęte w kosztorysie - oferta wykonawcy ma w pełni, a nie tylko w części, odpowiadać wymogom i treści SWZ (por. np. wyroki KIO: z dnia 10 sierpnia 2020 r., KIO 1458/20).

W związku z powyższym zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Przechodząc do zarzutu nr 3, tj. naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP - przez brak odrzucenia oferty wykonawcy R. W., w sytuacji gdy, zdaniem Odwołującego, oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny. Izba uznała, że ww. zarzut potwierdził się.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Jak wskazuje się jednolicie w doktrynie i orzecznictwie, nieuwzględnienie w cenie oferty prawidłowej stawki podatku VAT stanowi, co do zasady, błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. W tym miejscu zauważyć należy, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie określił w dokumentach zamówienia stawki VAT, która powinna zostać uwzględniona przez wykonawców w składanych ofertach. Zamawiający wymagał złożenia formularza oferty, gdzie w tabeli dla każdego wyszczególnionego tam elementu zamówienia należało podać cenę jednostkową netto za 1 m² oraz przyjętą stawkę podatku VAT (%) dla budynków mieszkalnych i gospodarczych. Wykonawcy w zakresie podatku od towarów i usług sami wypełniali dane w kolumnie „Stawka VAT (%)”. Wynika z tego, że ciężar ustalenia prawidłowej stawki podatku został przerzucony na wykonawców. Brak wskazania stawki podatku VAT w dokumentach zamówienia powoduje, że ewentualne zastosowanie wadliwej stawki podatku VAT nie mogło być konwalidowane w toku oceny i badania ofert jako omyłka podlegająca poprawieniu w trybie określonym w art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, a stwierdzenie nieprawidłowości w tym zakresie winno skutkować odrzuceniem oferty jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny. Obowiązkiem Zamawiającego było poddanie ocenie, czy wykonawcy

przyjęli prawidłowe stawki podatku VAT, wysokość podatku VAT stanowi bowiem zasadniczy element cenotwórczy (na co wskazano m.in. w uchwale Sądu Najwyższego z 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11).

Właściwe ustalenie przez oferenta w swojej ofercie prawidłowej stawki VAT, odnoszącej się do określonego przedmiotu zamówienia, podlega weryfikacji w toku postępowania o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego. Zamawiający dokonując weryfikacji w tym zakresie, powinien mieć przede wszystkim na uwadze porównywalność ofert złożonych w danym postępowaniu. Skoro obowiązek wskazania stawki podatku VAT wynikał z postanowień SWZ, to wykonawca nie może podać dowolnej stawki podatku VAT, lecz winien podać stawkę właściwą tj. taką jaka winna być zastosowana adekwatnie do przedmiotu zamówienia (tak np.: wyrok z dnia 26 lipca 2017 r., KIO 1462/17).

W rozpatrywanym stanie faktycznym Zamawiający wystosował pisma dotyczące wyjaśnień w zakresie zastosowanej stawki VAT zarówno do Odwołującego jak i Przystępującego. Co istotne, w piśmie skierowanym do Przystępującego Zamawiający wskazał, że *„w opinii Zamawiającego, czynności w zakresie demontażu wyrobów azbestowych powinny być opodatkowane stawką w wysokości 8%, o ile są zakwalifikowane do PKWiU 39.00.14.0 bez względu na to, czy budynek jest mieszkalny czy gospodarczy”*. Powyższe potwierdza, że Zamawiający pomimo przerzucenia ciężaru wskazania odpowiedniej stawki VAT na wykonawców, miał wiedzę jaka stawka powinna być zastosowana do pozycji odnoszących się do czynności w zakresie demontażu wyrobów azbestowych. Powinien zatem tę wiedzę wykorzystać w procesie badania i oceny ofert.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dotyczące wyjaśnienia zastosowanych stawek VAT, Odwołujący przedstawił Zamawiającemu stanowisko tożsame z tym, które Zamawiający przedstawił w wezwaniu skierowanym do Przystępującego, tj., że stawka 8% dotyczy wszystkich pozycji obejmujących kompleksowe usługi polegające na demontażu, zbieraniu, transporcie oraz unieszkodliwianiu wyrobów zawierających azbest z nieruchomości stanowiących własność osób fizycznych, zarówno dla budynków mieszkalnych jak i gospodarczych. Dla poparcia swojego stanowiska przedstawił indywidualne interpretacje podatkowe, które potwierdzały jego stanowisko.

Z kolei Przystępujący ograniczył się do wskazania podstawy prawnej i przytoczenia wyroku WSA w Poznaniu, który to wyrok dotyczył całkowicie innego stanu faktycznego niż ten rozpatrywany w niniejszej sprawie.

Zdaniem Izby, w niniejszej sprawie Zamawiający nie mógł utrzymać w postępowaniu dwóch ofert, które w odniesieniu do niektórych pozycji kosztorysowych, stosowały różne stawki podatku VAT. Co prawda oferta Odwołującego została odrzucona – jednak z zupełnie innych

względów, co przy rozpatrywaniu niniejszego zagadnienia pozostaje bez znaczenia. Skoro więc Zamawiający ciężar określenia prawidłowej stawki VAT przerzucił na wykonawców, to złożone oferty powinien on zbadać także pod tym względem. Natomiast decyzja o utrzymaniu konkretnej oferty w postępowaniu powinna być poprzedzona jej analizą co do zastosowania prawidłowej stawki VAT.

W niniejszym stanie faktycznym Odwołujący przedstawił Zamawiającemu szeroki materiał dowodowy, który świadczył o prawidłowości jego stanowiska. Co prawda indywidualne interpretacje podatkowe uzyskiwane przez wykonawców stanowić mogą dla zamawiającego jedynie wskazówkę co do sposobu interpretacji i stosowania określonych przepisów podatkowych, jednak w tym przypadku potwierdzały one stanowisko Zamawiającego, któremu dał on wyraz w piśmie skierowanym do Przystępującego. W związku z tym Zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do przedstawionych przez Przystępującego wyjaśnień odnośnie zastosowanej stawki VAT.

Skład orzekający Izby wskazuje, że cena błędnie obliczona to taka cena, która byłaby inna gdyby wykonawca zastosował stawkę właściwą. Izba w pełni podziela zapatrywania prezentowane w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lipca 2017 r. i z dnia 8 lipca 2019 r., zapadłych w sprawach o sygn. akt KIO 1462/17 oraz KIO 1046/20 i 1065/20, zgodnie z którymi: "W celu prawidłowego porównania cen ofert, złożonych w trybie zamówień publicznych, zamawiający powinien szczegółowo badać stawkę VAT wskazaną przez wykonawcę i to nie tylko ze względu na ewentualny obowiązek rozliczenia podatku w ramach mechanizmu odwrotnego obciążenia VAT, ale również z uwagi na odpowiedzialność zamawiającego za prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazanie zamawiającemu niewłaściwej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny i zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 (...)" oraz "zgodnie z literalnym brzmieniem art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP 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. Przyjąć 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".

Stanowisko Przystępującego, iż wykonawca zawsze ma prawo zastosować podstawową stawkę podatku VAT, zaś możliwość zastosowania stawki VAT 8% to uprawnienie, nie zaś obowiązek wykonawcy, nie znajduje również potwierdzenia w przepisach ustawy o VAT. Ustawodawca w art. 41 ustawy o VAT wprowadza regulację dotyczącą stawek VAT.

Obowiązkiem zaś podatnika jest przyporządkowanie sprzedaży towarów czy usług do określonej, właściwej stawki. Oznacza to, że określając wysokość stawki VAT podatnik musi przede wszystkim ustalić, czy sprzedawany przez niego towar lub świadczona usługa nie korzystają z obniżonej stawki lub ze zwolnienia z VAT. Jeśli tak, to powinien zastosować taką stawkę, jaka wynika z przepisów ustawy o VAT (tak też: wyrok z dnia 26 listopada 2020 r., KIO 2933/20).

Zdaniem Izby materiał dowodowy zebrany w niniejszej sprawie jednoznacznie potwierdzał, że prawidłową stawką podatku VAT przy pozycjach obejmujących kompleksowe usługi polegające na demontażu, zbieraniu, transporcie oraz unieszkodliwianiu wyrobów zawierających azbest z nieruchomości stanowiących własność osób fizycznych, jest stawka w wysokości 8%. Niezasadnie zatem Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego.

Z tego względu zarzut ten zasługiwał na uwzględnienie.

Nie potwierdził się jednak zarzut nr 4, co jest konsekwencją oddalenia odwołania w zakresie zarzutu nr 1 i 2.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

W zakresie kosztów zastosowanie znalazł art. 557 w zw. z art. 574 ustawy PZP w zw. z §7 ust. 3 pkt 1 i 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). Izba ustaliła, że odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosi w 1/4 Zamawiający oraz w 3/4 Odwołujący. Powyższe można ustalić na podstawie treści odwołania, w którym postawione zostały 4 zarzuty, z których potwierdził się jeden. Należało więc poniesione koszty podzielić stosownie do wskazanych proporcji. W związku z powyższym, zasadnym było zasądzenie kosztów w wysokości jak w sentencji.

Przewodniczący: