

WYROK
z dnia 13 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 maja 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2021 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **D. N.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU Pro-Ess D. N., ul. Powstańców Warszawy 47, 39-300 Mielec, **K. N.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PPHU Kris-Dom K. N., ul. Powstańców Warszawy 47, 39-300 Mielec, **T. D.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Dąb-Bud T. D., ul. Przyleśna 51, 05-506 Wilcza Góra w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Politechnikę Warszawską**, Pl. Politechniki 1, 00-661 Warszawa

orzeka:

- 1 Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów poniesionych przez Zamawiającego;
 - 2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu sektorowym prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Politechnikę Warszawską na *wykonanie wymiany rozdzielnic głównych wraz z wymianą wewnętrznych linii zasilających w Domu Studenckim Babilon w Warszawie przy ul. Kopińskiej 12/6* (nr ref.: ZP.RB.PM.1.2020), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych 25 lutego 2020 r., poz. nr 514746-N-2020 wobec czynności odrzucenia oferty własnej, wniesione zostało w 2 kwietnia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: D. N.i (PPHU Pro-Ess D. N.), K. N. (PPHU Kris-Dom K. N.), T. D. (Dąb-Bud T. D.) (sygn. akt KIO 1019/21).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na błąd w obliczeniu ceny podczas gdy Zamawiający nie sprecyzował w opisie przedmiotu zamówienia jaka część zamówienia będzie wykonywana wewnątrz budynku, a w konsekwencji powinna zostać objęta preferencyjną stawką podatku VAT w wysokości 8%;
- 2) art. 16 Pzp poprzez dokonywanie czynności w postępowaniu w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania ponownej czynności badania i oceny oferty Odwołującego.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Objęte zarzutami czynności stanowią czynności powtórzone w postępowaniu w związku z wykonaniem wyroku Krajowej Izby Odwoławczej nakazującym uchylenie pierwotnej czynności oceny ofert, w tym czynności odrzucenia oferty Odwołującego, czego konsekwencją było również unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (wyrok z 18.09.2020 r., sygn. akt KIO 1697/20).

Odrzucając ponownie ofertę Odwołującego Zamawiający wskazał na błąd w obliczeniu ceny polegający na przyjęciu nieprawidłowej stawki podatku VAT, który nie podlega poprawie w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Zdaniem Zamawiającego oferta, w której przyjęto dla całości prac jednolitą stawkę podatku VAT 23% nie uwzględnia faktu, że zgodnie z art. 41 ust. 12 pkt 1 ustawy o podatku od

towarów i usług polegających na modernizacji/przebudowie obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym, zastosowanie ma stawka 8%. Tym samym Zamawiający uznał, że cena oferty brutto dla całości zamówienia zawierająca stawkę jednolitą 23%, jest nieprawidłowo wyliczona. Część robót (69,06%) zakwalifikowana powinna być jako czynności modernizacji/przebudowy obiektu budowlanego objętego społecznym programem mieszkaniowym i na podstawie art. 41 ust. 12 pkt 1 w zw. z art. 12a ustawy i VAT, podlegają opodatkowaniu stawką 8% VAT.

Członkowie komisji przetargowej dopiero na etapie badania i oceny ofert przeanalizowali zakres robót budowlanych, a jednocześnie Odwołujący nie mógł samodzielnie w sposób precyzyjny i jednoznaczny określić jaka część robót budowlanych będzie wykonywana w budynku i powinna zostać objęta preferencyjną stawką podatku VAT w wysokości 8%. Zamawiający w dokumentacji (przedmiary robót) nie sprecyzował jaka część prac będzie wykonywana wewnątrz, a jaka na zewnątrz budynku. Również w formularzu ofertowym nie uwzględniono potrzeby wskazania dwóch pozycji z różnymi stawkami VAT (8% i 23%).

Zdaniem Odwołującego należało przyjąć, że całość prac objęta jest jedną stawką podatku VAT. Po stronie Zamawiającego spoczywał obowiązek jednoznacznego opisanie przedmiotu zamówienia. Sam fakt odrzucenia 6 spośród 10 ofert z uwagi na błędnie przyjętą stawkę podatku VAT sugeruje, że przedmiot zamówienia nie został wystarczająco precyzyjnie opisany.

Odwołujący nie kierował pytań do siwz, gdyż uczestniczył w podobnym postępowaniu, w którym odrzucono jego ofertę skalkulowaną według jednolitej stawki VAT 8%, gdy według Zamawiającego należało przyjąć stawkę 23%, gdyż część robót należało objąć podatkiem VAT 8%. Zamawiający wybrał wówczas ofertę innego wykonawcy, która uwzględniała stawkę 23% VAT. Odwołujący uznał, iż należało analogicznie objąć jednolitą stawką podatku VAT 23% zamówienie objęte obecnym postępowaniem.

Zamawiający przyjął pierwotnie wyjaśnienia Odwołującego dotyczące przyjętej stawki podatku VAT, wskazując w podstawie odrzucenia oferty Odwołujący okoliczność dotyczącą wniesionego wadium, co zostało następnie przez KIO uchylone. Dopiero po upływie roku Zamawiający uznał, iż w ofercie Odwołującego popełniono błąd w obliczeniu ceny, co również wskazuje na nierówne traktowanie wykonawców.

Zamawiający w piśmie z 11 maja 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego odrzucenie, ewentualnie o oddalenie w całości.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 ust. 1 Pzp wskazując, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy. W ocenie Zamawiającego zarzuty podniesione w odwołaniu powinny być sformułowane w oparciu o przepisy ustawy z dnia 29

stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, mającej zastosowanie w postępowaniu przetargowym, a tymczasem Odwołujący wskazał na naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp (nowej ustawy). Zgodnie z przepisami wprowadzającymi ustawę Prawo zamówień publicznych – art. 90 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. (Dz. U. poz. 2020), do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe.

W sytuacji, gdyby Izba nie podzieliła tej argumentacji Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał na skierowane do wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty wezwania do wyjaśnienia przyjętych stawek podatku VAT (sześciu wykonawców wskazało w ofertach stawkę 8%, a pozostali stawkę 23%). Trzech z czterech wykonawców, którzy przyjęli w kalkulacji stawkę podstawową uznało, że prawidłowa powinna być stawka 8%, a jeden (Odwołujący) podtrzymał stanowisko w przedmiocie zasadności przyjęcia stawki 23%. Zamawiający w dniu 16.07.2020 r. odrzucił wszystkie oferty i unieważnił postępowanie. Przyczyny odrzucenia 4 ofert, w których przyjęto stawkę 23% były inne, niż określenie nieprawidłowej stawki. Pozostałe oferty, w których zastosowano stawkę 8% zostały odrzucone w związku z błędami w obliczeniu ceny i innymi podstawami. Ponieważ wyrokiem z 18.09.2020 r. sygn. akt KIO 1697/20 KIO nakazała powtórzenie czynności oceny ofert, Zamawiający stwierdził w odniesieniu do oferty Odwołującego błąd w obliczeniu ceny i ofertę ponownie odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp.

Zamawiający odniósł się do przepisów ustawy z 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (ustawa o VAT) określających przesłanki do zastosowania uprzywilejowanej stawki 8% VAT, w tym w art. 41 ust 12 pkt 1 oraz art. 41 ust. 12a ustawy o VAT. Ponieważ przedmiot zamówienia dotyczy wykonania rozdzielnic głównych wraz z wymianą wewnętrznych linii zasilających w Domu Studenckim Babilon w Warszawie, oznacza to, że zakres prac związany jest z modernizacją budynku, a także przeprowadzeniem prac remontowych i stanowić będą czynności, o których mowa w art. 41 ust. 12 pkt 1 ustawy o VAT, tj. czynności w zakresie dostaw, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części. Również w odniesieniu do przesłanki wskazanej w art. 41 ust. 12a ustawy o VAT spełniony jest warunek dotyczący obiektów budownictwa mieszkalnego. Tym samym prace polegające na wykonaniu odbudowy obiektu budowlanego zaliczonego do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym będą podlegały opodatkowaniu podatkiem VAT wg stawki 8% na podstawie art. 41 ust. 12 pkt 1 ustawy o VAT. Preferencyjna stawka będzie miała jednak zastosowanie wyłącznie do prac

budowlanych wykonywanych w bryle budynku, natomiast prace poza bryłą podlegać będą opodatkowaniu wg stawki 23%.

Zamawiający wskazał na linię orzeczniczą KIO, w której jednolicie uznaje się wystąpienie błędu w obliczeniu ceny, jeżeli przyjęta została nieprawidłowa stawka podatku VAT, co obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty, niezależnie od tego, czy wykonawca zastosował wyższą czy niższą stawkę podatku VAT. Stanowisko to znajduje potwierdzenie również w uchwale SN z 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11.

Ponieważ to na wykonawcy spoczywa ciężar prawidłowego ustalenia stawki podatku VAT, przyjęcie nieprawidłowej stawki prowadzi do stwierdzenia wystąpienia błędu w obliczeniu ceny. Zamawiający nie był zobowiązany do wskazania w dokumentacji poprawnej stawki podatku VAT.

Wyjaśnienia jakich udzielił Odwołujący w zakresie przyjętej stawki podatku VAT wskazywać mają na świadomość obowiązku stosowania różnych stawek uzależnionych od tego, czy prace wykonywane będą wewnątrz, czy też poza bryłą budynku. Wykonawca miał wiedzę o potrzebie przyjęcia różnych stawek (dwóch stawek podatkowych) pomimo tego przy obliczeniu ceny przyjął stawkę podstawową dla wszystkich wykonywanych prac. Wykonawca nie zwracał się z pytaniami do Zamawiającego w tym zakresie. Powoływanie się na decyzje Zamawiającego dotyczące innego postępowania nie może być podstawą dla weryfikacji sposobu obliczenia ceny na potrzeby obecnego przedmiotu zamówienia.

Zamawiający dokonał analogicznej oceny wszystkich ofert, zawierających błąd w obliczeniu ceny, nie ma zatem podstaw do formułowania zarzutu nierównego traktowania wykonawców.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020), zwanej dalej „Ustawą”. W związku z wejściem w życie z dniem 1 stycznia 2021 r. przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w części dotyczącej środków ochrony prawnej, do postępowania odwoławczego znajdowały zastosowanie przepisy nowej Ustawy.

Mając na uwadze przepisy temporalne Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 ust. 1 Pzp wskazując, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy, gdyż Wykonawca wskazał na naruszenie przepisów ustawy Pzp, które nie miały

zastosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. obowiązującej od 1 stycznia 2021 r. w sytuacji, gdy w postępowaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy uchylanej przepisami wprowadzającymi ustawą z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (ustawa nowa).

Rozpoznając wniosek na posiedzeniu z udziałem stron Izba uznała, iż nie zaszła przesłanka wskazana w art. 528 ust. 1 Ustawy nowej. Nie budzi wątpliwości składu orzekającego, iż w ramach środków ochrony prawnej Wykonawca miał prawo do zakwestionowania czynności podjętych w postępowaniu, niezależnie od ustalenia, które z przepisów ustawy miały zostać naruszone. Zamawiający prawidłowo zinterpretował przepis wprowadzający w życie Ustawę z września 2019 r. wskazując, że do oceny czynności podjętych w postępowaniu należało stosować przepisy ustawy uchylanej. Oznaczało to, iż kwalifikacja prawna naruszeń, jakich miał dopuścić się Zamawiający wymagała wskazania przepisów Ustawy obowiązującej w momencie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Błąd Odwołującego polegający na niewłaściwej wykładni przepisów wprowadzających, który skutkowało wskazaniem naruszenia przepisów Ustawy z dnia 11 września 2019 r., nie stał na przeszkodzie rozpoznania zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego i uznania, że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny. Obie Ustawy (uchylana, jak i obowiązująca od 1 stycznia 2021 r.) uwzględniają tę samą podstawę prawną odrzucenia oferty, wskazaną jedynie w różnych jednostkach redakcyjnych.

Ponieważ Zamawiający prowadzi postępowanie na podstawie przepisów Ustawy obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Wykonawcy przysługiwały środki ochrony prawnej, w tym prawo do wniesienia odwołania. Ewentualne błędy popełnione przy kwalifikacji prawnej naruszeń nie oznaczają, iż w sprawie nie znajdowały zastosowanie przepisy Ustawy. Sytuacja ta zasadniczo dotyczyć może postępowań, w których ustawodawca wyłączył zastosowanie przepisów Ustawy. Taka sytuacja w obecnym postępowaniu nie miała miejsca. Zmiana wynikająca z wejścia w życie przepisów „nowej” Ustawy, nie miała dla niniejszego sporu znaczenia, gdyż w obu ustawach (uchylanej oraz obowiązującej od 1 stycznia 2021 r.) uwzględniono tożsamą podstawę do odrzucenia oferty, w sytuacji błędu w obliczeniu ceny (art. 89 ust.1 pkt 4 – Ustawy uchylanej oraz art. 226 ust. 1 pkt 10 Ustawy „nowej”).

W świetle powyższego odwołanie podlegało rozpoznaniu na rozprawie.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 505 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Niego szkody w wyniku

kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ przedmiotem zarzutów jest czynność polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego, a żądania odwołania zmierzają do podważenia decyzji o unieważnieniu postępowania, złożenie odwołania może realnie zmienić sytuację prawną Wykonawcy i doprowadzić do przywrócenia jego oferty do oceny. W konsekwencji powyższego, odwołanie ma na celu ochronę interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, który miał doznać uszczerbku na skutek decyzji objętej zarzutami, a w konsekwencji również uniknięcia szkody w postaci braku uzyskania korzyści związanych z umową.

W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania odwołania.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania Izba ustaliła okoliczności faktyczne istotne z punktu widzenia zarzutów.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie rozdzielnic głównych wraz z wymianą wewnętrznych linii zasilających w Domu Studenckim Babilon w Warszawie. Cena oferty, zgodnie z rozdziałem I pkt 18 siwz miała być wyliczona w oparciu o kosztorysy ofertowe sporządzone na podstawie przedmiarów robót. Wyliczoną w kosztorysach ofertowych cenę netto wykonawca zobowiązany był przenieść do formularza oferty, a następnie doliczyć podatek VAT i w ten sposób należało określić wynagrodzenie kosztorysowe brutto (pkt 18.7). W formularzu oferty Zamawiający pozostawił do wypełnienia miejsca dotyczące kwoty netto, stawki podatku VAT doliczanej do tej kwoty (procentowo i kwotowo) oraz ceny oferty brutto.

Odwołujący w formularzu oferty wskazał kwotę netto: 744 941,91 zł, stawkę podatku VAT 23% w wysokości 171 336,64 zł oraz cenę ofertową w wysokości 916 278,55 zł.

Pismem z 3.04.2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazania podstawy (uzasadnienia faktycznego i prawnego) na jakiej Wykonawca ustalił i zastosował w pkt 1 Formularza Oferty (FO) podatek VAT według stawki 23%?

W wyjaśnieniach z 7.04.2020 r. Odwołujący wskazał, iż stawka 8% VAT dotyczy wszelkich prac budowlanych wykonywanych wewnątrz budynku. Natomiast usługa wykonana poza ww. budynkiem podlega opodatkowaniu stawką podstawową 23% - (interpretacja Ministra Finansów z 12 listopada 2014 r., nr PT8/033/265/864/TKE/13/RD103070). Dodatkowo Wykonawca odniósł się do bliźniaczego przetargu ogłoszonego przez Politechnikę Warszawską na wykonanie robót remontowych układu zasilania rozdzielni głównej wraz z wymianą rozdzielni licznikowej w Domu Studenckim „Akademik” w Warszawie, w którym wynik postępowania uwzględnia powyższe wytyczne dotyczące stosowania stawek podatku VAT.

W dniu 16.07.2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Ustawy. Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b z uwagi na brak przedłożenia oryginału gwarancji wadialnej. Na tą czynność Odwołujący wniósł 21.07.2020 r. odwołanie (sygn. akt KIO 1697/20). Wyrokiem z 18.09.2020 r. Izba uwzględniła jego odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Zamawiający unieważnił czynności 26.03.2021 r., pozostawiając w mocy odrzucenia pozostałych 9 z 10 złożonych w postępowaniu ofert.

29.03.2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 Ustawy w zw. z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu, który nie podlegał poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 Ustawy i unieważnieniu na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 3 Ustawy postępowania. Zamawiający uznał, iż Wykonawca powinien był zastosować dwie stawki podatku VAT, tj. 8% w odniesieniu do prac wykonywanych w obrębie budynku Domu Studenckiego Babilon (na podstawie art. 41 ust. 12 pkt 1 w zw. z art. 146aa ust. 1 pkt 2 ustawy o VAT) oraz 23% w odniesieniu do prac wykonywanych poza bryłą budynku Domu Studenckiego Babilon (na podstawie art. 41 ust. 1 w zw. z art. 146aa ust. 1 pkt 1 ustawy o VAT). Przyjęcie stawki podstawowej do całości prac nie było w ocenie Zamawiającego uzasadnione do prac opodatkowanych w inny sposób (stawki obniżone, zwolnienia z VAT, procedury szczególne). Zamawiający przywołał orzeczenie KIO 2933/20, w którym jako niemające uzasadnienia w przepisach o VAT uznano stanowisko, iż zastosowanie stawki VAT 8% należy traktować jako uprawnienie, a nie obowiązek wykonawcy. Ponieważ zakres prac objętych zamówieniem podlega opodatkowaniu stawom 8% i 23%, Zamawiający uznał, iż Wykonawca nie złożył oferty z prawidłowo określoną ceną brutto, gdyż przyjął jedną podstawową stawkę 23% VAT dla całości zamówienia. Zgodnie z cytowanym orzecznictwem Zamawiający nie dokonał poprawienia określonej przez Wykonawcę stawki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co stanowiło o błędzie w obliczeniu ceny prowadzącym do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Ustawy.

Mając na uwadze powyższe odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

Izba oddaliła odwołanie w całości, gdyż Odwołujący nie wykazał zasadności tezy o braku popełnienia błędu w obliczeniu ceny, jaką skalkulował stosując stawkę podstawową 23% VAT. Argumentacja Wykonawcy mającą podważać ocenę jego oferty nie przekonała Izby do przyjęcia, iż ta kalkulacja nie zawiera błędu w obliczeniu ceny.

W sprawie nie było spornym pomiędzy stronami w jaki sposób należy interpretować przepisy ustawy o VAT, co związane jest z ustaleniem zakresu prac wykonywanych w bryle budynku i poza jego bryłą, w odniesieniu do przesłanek wskazanych w art. 41 ust. 12 pkt 1 i 41 ust. 12a ustawy o VAT. Odwołujący nie kwestionował okoliczności dotyczących ustalenia przeznaczenia budynku, jak i charakteru prac objętych zamówieniem, co Zamawiający szczegółowo opisał w odpowiedzi na odwołanie, a Izba przyjęła jako ustalenia własne. Odwołujący wskazywał natomiast na błąd Zamawiającego jaki miał on popełnić na etapie sporządzania opisu przedmiotu zamówienia, a polegający na braku precyzyjnego opisu prac, tak aby Wykonawca mógł samodzielnie ustalić jaka część prac podlega stawce 8% VAT, a jaka 23% VAT.

Dla niniejszego odwołania zasadniczym stało się odniesienie do kwestii związanej z brakiem właściwego przygotowania postępowania, jak również znaczenia ewentualnych uchybień Zamawiającego dla oceny oferty Odwołującego.

Izba uznała za spóźnione podnoszenie zarzutów do opisu przedmiotu zamówienia, co powinno mieć miejsce na wcześniejszym etapie – po ogłoszeniu postępowania. Oceniając czynności Zamawiającego Izba miała na uwadze, iż żaden z wykonawców nie wskazywał na konieczności doprecyzowania w przedmiarach robót i kosztorysie rodzaju prac, które miałyby być wykonywane poza bryłą budynku. Odwołujący na rozprawie przyznał, iż realizował prace na tym obiekcie w przeszłości i nie miał wątpliwości wymagających wyjaśnienia na etapie przygotowania oferty. Ponadto Odwołujący uczestniczył w innym postępowaniu dotyczącym podobnych prac, w którym jego oferta została odrzucona z uwagi na błąd w obliczeniu ceny wynikający z przyjęcia stawki 8% dla całości prac.

Powyższe pozwala przyjąć, iż opis przedmiotu zamówienia był jasny dla profesjonalisty, a brak pytań na etapie poprzedzającym składanie ofert prowadzi do stanu, w którym Zamawiający oceniając oferty zobowiązany jest do oceny zgodnej ze stanem prawnym również dotyczącym stosowania przepisów dotyczących opodatkowania podatkiem VAT.

Zamawiający odrzucił wszystkie oferty wskazując również, jako podstawę tej czynności na błąd w obliczeniu ceny, polegający na przyjęciu przez wykonawców jednolitej stawki podatku VAT do całości prac (8% lub 23%). Nie można w oparciu o tą okoliczność stawiać tezy, iż Zamawiający miał dopuścić się nierównego traktowania wykonawców. Zamawiający umożliwił wykonawcom, również Odwołującemu wyjaśnienie podstaw na jakich zastosował podstawową stawkę podatku VAT. Brak szczegółowych wytycznych w siwz nie stanowił formalnej przeszkody do weryfikacji oferty pod tym kątem. Zamawiający zobowiązany był zweryfikować sposób obliczenia ceny w odniesieniu do wszystkich ofert, co rzeczywiście miało miejsce w postępowaniu.

Powoływanie się na decyzje Zamawiającego podjęte w innym postępowaniu nie miało znaczenia dla oceny obecnych czynności. Po pierwsze nie został przeprowadzony przez Odwołującego dowód na okoliczność wykazania tożsamości zakresu prac. Po drugie, nie można wykluczyć, iż czynności Zamawiającego podjęte w innym postępowaniu nie zostały podjęte z naruszeniem przepisów Ustawy.

Izba dokonuje oceny czynności w tym postępowaniu uwzględniając okoliczności ustalone w oparciu o przeprowadzone dowody. Ponieważ strony nie były w sporze w zakresie związanym z ustaleniem, iż część prac wykonywana będzie poza bryłą budynku, a część wewnątrz, co wpływa na zastosowanie różnych stawek podatku VAT Izba uznała, jako okoliczność niesporna, iż przedmiot zamówienia podlega opodatkowaniu dwoma stawkami podatku VAT. Potwierdził to również Odwołujący w wyjaśnieniach składanych w tym zakresie Zamawiającemu uzależniając stosowanie różnych stawek od ustalenia, czy prace realizowane będą poza bryłą budynku akademika, co dodatkowo poparł stanowiskiem organu podatkowego oraz sądu.

Zasadnicza istota argumentów sprowadzona została przez Odwołującego do wykazania, iż to błąd w opisie przedmiotu zamówienia czynił niemożliwym ustalenie zakresu prac, które podlegają opodatkowaniu odpowiednią stawką podatku VAT, co należało uznać za spóźnione z uwagi na brak zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia. Ponadto Odwołujący przyznał, iż obiekt Zamawiającego jest mu znany, gdyż wykonywał rozdzielnie główną samodzielnie nadzorując prace ok. 10 lat temu, co wskazuje, iż powinien jako profesjonalista móc ustalić jaki zakres prac związany jest z robotami wewnątrz, a jaki na zewnątrz budynku.

Ponieważ Odwołujący w ogóle nie odnosił się do kwestii zasadniczej z punktu widzenia rzekomego błędu w obliczeniu ceny, tj. wykazania, jako właściwej stawki podatku VAT 23% dla całości prac, prowadziło to do oddalenia odwołania, którego zarzut związany jest z koniecznością wykazania właściwej stawki podatku VAT.

Izba nie miała podstaw do stwierdzenia, iż Zamawiający naruszył przepisy Ustawy odrzucając ofertę Odwołującego, w której Wykonawca zastosował do kalkulacji ceny jedną stawkę podatkową, co stanowiło przyczynę odrzucenia również innych ofert w postępowaniu.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie przepisów § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu

pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w wysokości 10.000,00 zł. oraz koszty poniesione przez Zamawiającego w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: