Sygn. akt: KIO 3229/20

WYROK
z dnia 11 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Jolanta Markowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2020 r. przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD" S.Aul. Drzymały 15, 40-059 Katowice**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Bielsko-Bialskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. ul. Komornicza 72, 43-300 Bielsko Biała,**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:**
   1) **unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,**
   2) **powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD" S.A. orazpowtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu,**
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Bielsko-Bialskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. ul. Komornicza 72, 43-300 Bielsko Biała**, i:
   1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD" S.Aul. Drzymały 15, 40-059 Katowice** tytułem wpisu od odwołania,
   2) zasądza kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **Bielsko-Bialskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. ul. Komornicza 72, 43-300 Bielsko Biała** na rzecz wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD" S.Aul. Drzymały 15, 40-059 Katowice** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz.2020) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 3229/20

Uzasadnienie

Zamawiający, Bielsko-Bialskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsko-Białej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie „Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego wraz z infrastrukturą przy ul. Stefana Batorego w Bielsko-Białej na działce nr 312/86." Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod poz. nr 579816-N-2020 w dniu 18 września 2020 r.
W dniu 2 grudnia 2020 r. Zamawiający dokonał oceny ofert, odrzucił cztery oferty w tym ofertę złożoną przez Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD" S.A. z siedzibą w Katowicach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej „Pzp", ze względu na błąd w obliczeniu ceny oferty oraz unieważnił postępowanie o udzielenie ww. zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, wobec faktu, że cena oferty najkorzystniejszej przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.
Wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD" S.A. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego i unieważnienia postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:
-art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, z powodu błędu w obliczeniu ceny, polegającego na zastosowaniu nieprawidłowej stawki podatku VAT, mimo, że cena oferty została ustalona prawidłowo, tj. zgodnie z przepisami prawa i treścią SIWZ, naruszając zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp,
-art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z tego powodu, że cena oferty najkorzystniejszej przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, mimo, że cena oferty Odwołującego jest niższa od tej kwoty i przy prawidłowym postępowaniu oferta Odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą i wybrana.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia,
3. powtórzenie czynności oceny oferty Odwołującego,

4.powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący wyjaśnił, że w wyniku naruszenia przepisów Pzp, Zamawiający nie wybrał oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w przetargu i niepodlegających odrzuceniu, mimo że Odwołujący złożył ofertę najkorzystniejszą według kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Przy prawidłowym prowadzeniu postępowania oferta Odwołującego winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Cena oferty Odwołującego (8 319 176,97 zł) mieści się w kwocie, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający, jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego, wskazał art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, zarzucając Odwołującemu popełnienie błędu w obliczeniu ceny oferty, polegającego na przyjęciu błędnej stawki podatku VAT (8%) dla pozycji: lll. A „Roboty przygotowawcze", lll. F5 „Urządzenia i wyposażenie (kuchenki) w załączonym do oferty Odwołującego Załączniku nr 7 do SIWZ -*„Zbiorcze zestawienie planowanych nakładów inwestycyjnych dla realizacji budynku mieszkaniowego wielorodzinnego wraz z infrastrukturą przy ul. Stefana Batorego w Bielsku-Białej na działce nr 312/86".* W uzasadnieniu ww. decyzji Zamawiający powołał się na orzeczenia i interpretacje podatkowe, wskazując na błędnie zastosowaną przez Odwołującego stawkę podatku VAT w wysokości 8 % dla robót rozbiórkowych oraz kuchenek.

Odwołujący zakwestionował w odwołaniu możliwość zastosowania tez orzeczeń cytowanych przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, jako nieodpowiednich do stanu faktycznego występującego w tej sprawie, nie mogących stanowić podstawy do ustalenia właściwej stawki podatku VAT w przedmiotowym zamówieniu. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty stwierdził jedynie, że w pozycji III.F.5 i III.A Odwołujący zastosował nieprawidłową stawkę VAT 8 %. Kolejne zdania cytują stanowisko Odwołującego w innej sprawie odwoławczej przed KIO, w której stan faktyczny nie może być porównywany do tej sprawy. Odwołujący podkreślił, że z punktu widzenia kompleksowości usługi w rozumieniu podatkowym rodzaj zamawiającego (TBS) determinuje zakres rzeczowy zamówienia.

Odwołujący wskazał, że na podstawie par. 6 ust. 7 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 20 października 2015 r. w sprawie warunków i trybu finansowania zwrotnego w ramach realizacji przez Bank Gospodarstwa Krajowego rządowego programu popierania budownictwa mieszkaniowego oraz minimalnych wymagań dotyczących lokali powstałych przy udziale tego finansowania (Dz. U. z 2015 r. poz. 1720 z późn. zm.), BGK podał do wiadomości listę wniosków złożonych przez kredytobiorców, którzy uzyskali pozytywną ocenę wiarygodności kredytowej. Na ww. liście znajduje się Zamawiający (poz. 13), stąd wniosek, że ww. zamówienie publiczne będzie współfinansowane z ww. środków. Zgodnie zaś z treścią § 15 pkt 2) ww. rozporządzenia, w lokalu mieszkalnym przy wykorzystaniu finansowania zwrotnego należy zainstalować w szczególności w pomieszczeniu kuchennym - kuchenkę z piekarnikiem gazową lub elektryczną. Biorąc pod uwagę powyższe, należy traktować kuchenkę elektryczną jako niezbędny element budynku, którą Zamawiający jako kredytobiorca Banku Gospodarstwa Krajowego, zgodnie z ww. rozporządzeniem, zobowiązany jest zamontować w lokalu mieszkalnym. Przedmiotowe zamówienie musi więc spełniać wymagania z §15 pkt 2 ww. rozporządzenia, co potwierdza konieczność traktowania ww. zamówienia publicznego jako usługi kompleksowej. Odwołujący załączył do odwołania Listę wnioskodawców BGK.

W opinii Odwołującego, Zamawiający niesłusznie odrzucił jego ofertę, ponieważ Odwołujący zastosował prawidłową stawkę podatku 8% VAT w ww. pozycjach - zgodnie z przepisami prawa, jak i treścią SIWZ.

Zamawiający nie odniósł się w żadnym zakresie do wyjaśnień Odwołującego z dnia 10.11.2020 r. złożonych na wezwanie z dnia 05.11.2020 r. - dotyczących kwestii stawki podatku VAT zastosowanej dla pozycji III.A. „Roboty przygotowawcze" oraz III.F.5 „urządzenia i wyposażenie" z Załącznika 7 do SIWZ. Odwołujący do wyjaśnień załączył interpretację podatkową z dnia 17.05.2019 r. potwierdzającą prawidłowość zastosowanej w ofercie stawki VAT 8% (Pismo z dnia 17 maja 2019 r. Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej 0115-KDIT1- 1.4012.187.2019.1 .AJ). Odwołujący podkreślił, że w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 05.11.2020 r. wzywające do wyjaśnienia zastosowanych przy obliczaniu ceny stawek podatku VAT do pozycji III.A. „Roboty przygotowawcze" oraz III.F.5 ,,Urządzenia i wyposażenie" wyjaśnił podstawy prawne zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 8 % dla ww. pozycji.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu opisał przedmiot niniejszego zamówienia wg Wspólnego Słownika Zamówień (CPV)za pomocą następujących kodów: 45211000-9, 45330000-9, 45331100-7, 453110000-3, 45231300-8, 45400000-1, 4530000-0 - kwalifikując całość przedmiotu zamówienia jako roboty budowlane (a nie roboty budowlane i dostawa np. w zakresie kuchenek).

W Załączniku nr 7 do SIWZ Zamawiający kwestionowane pozycje III.A.Roboty przygotowawcze i lll.F.5 Urządzenia i wyposażenie (w ramach pozycji lll.F „Razem roboty instalacji wewnętrznych") zakwalifikował pod pozycją III. „Roboty budowlane obiektu netto" - co również determinowało zastosowanie dla wymienionych w tych pozycjach robót stawki podatku VAT przewidzianej dla robót budowlanych polegających na budowie budynku mieszkalnego wielorodzinnego, tj. w wysokości 8 %.

Odwołujący podkreślił, że przedmiot umowy obejmuje usługi o złożonym charakterze, a wynagrodzenie ustalono jako ryczałtowe, obejmujące całość zamówienia. Pojęcie świadczenia kompleksowego zostało wypracowane w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz w orzecznictwie krajowym. W wyroku z 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04 TSUE wskazał, że *„Jeżeli dwa świadczenia lub więcej (...) są tak ściśle powiązane, że obiektywnie tworzą one w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jedno świadczenie do celów stosowania podatku od wartości dodanej*". Podobny pogląd został wyrażony przez TSUE w wyroku z dnia 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96.

Odwołujący wskazał, że w załączeniu do wyjaśnień przedłożył kopię pisma z dnia 17 maja 2019 r. Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej 0115-KDIT1 -1.4012.187.2019.1.AJ stanowiącego interpretację indywidulaną w analogicznej sprawie, potwierdzającą poprawność przyjętych w ofercie stawek podatku VAT. Z załączonej interpretacji podatkowej wynika jasno, że:

-„w przypadku, gdy wykonywana czynność stanowi dla inwestora całość, nie należy jej rozbijać na poszczególne elementy składowe, lecz traktować jako jedno świadczenie, zgodnie z elementem, który nadaje całemu świadczeniu charakter dominujący więc wykonywanych jest więcej czynności, a są one ze sobą ściśle powiązane oraz stanowią całość pod względem ekonomicznym i gospodarczym, to dla potrzeb VAT należy potraktować je jako jedną czynność opodatkowaną",

-„w przypadku, gdy wykonana usługa stanowi jedno świadczenie w aspekcie gospodarczym, w ramach którego jeden z elementów stanowi świadczenie główne/zasadnicze a inny pomocnicze/u boczne, to usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeżeli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej"

Odwołujący przedstawił wyciąg z kosztorysu ofertowego (roboty budowlane), gdzie na str. 13 w 6 pozycjach

uwzględniona jest całość robót „rozbiórkowych" ujętych pod pozycją 1I.A. z Załącznika nr 7 do SIWZ, kwestionowanych co do zastosowanej stawki podatku VAT. Są one w kosztorysie ujęte jako roboty z grupy przygotowanie terenu pod budowę pozycje nr 1 — 6, gdzie same roboty rozbiórkowe stanowią koszt 21 696,08 zł netto - dla zobrazowania jak nikły zakres robót stanowią, w konsekwencji jak niecelowe byłoby wyodrębnianie tych robót do innej stawki podstawowej oraz że prawidłowe było zakwalifikowanie ich jako usługę ewidentnie pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej. Rozbiórki, które pozostają do wykonania w związku z budową budynku mieszkalnego, to rozbiórki pozostałości po ławce, murki oporowe, kawałki betonowa, które prawdopodobnie zostały porzucone na działce, płyta stropowa. Rozbiórki te mają charakter porządkowy i zakwalifikowanie tego typu robót, jako robót rozbiórkowych rozumianych jako rozbiórka budynku, stanowi nadużycie pojęcia rozbiórka. W tym miejscu należałoby w zasadzie użyć słowa „porządkowanie, przygotowanie" - i taki też charakter mają roboty do wykonania na przedmiotowej działce w związku z pozostałościami elementów betonowych na placu budowy. Niektóre z tych elementów, jak np. ogrodzenie czy utwardzone fragmenty podłoża, będą wykorzystywane przez wykonawcę jako tymczasowe elementy placu budowy odpowiednio jako ogrodzenie, drogi, place technologiczne. Odwołujący załączył dokumentację fotograficzną elementów znajdujących się na działce.

Oba orzeczenia przytoczone przez Zamawiającego odnoszą się do rozbiórki mieszkaniowych obiektów budowlanych, dla których wykonawcy przyjęli nieprawidłową stawkę podatku. Natomiast w przypadku aktualnego postępowania mamy do czynienia jedynie z robotami, które są robotami pomocniczymi i koniecznymi do budowy nowych mieszkaniowych obiektów budowlanych. Ponadto, roboty przygotowawcze i rozbiórkowe Zamawiający umieścił w tym samym przedmiarze, w którym znajduje się reszta robót związanych z budową budynku, co do których Zamawiający nie miał wątpliwości, że powinny zostać wycenione z 8 % stawką podatku VAT.

Odwołujący wskazał także na nieprawidłowość w opracowaniu przedmiaru przez Zamawiającego, który wymaga podania w pozycji nr 1 kosztorysu w kalkulacji indywidualnej: Koszty prac geologicznych, geodezyjnych, przygotowania terenu i zaplecza budowy, jako jednego kompletu w kosztach bezpośrednich, podczas gdy przyjęło się przyjmować te elementy w kosztach pośrednich budowy, zgodnie z utrwalonymi standardami kosztorysowania, wywodzącymi się z nieobowiązującego Rozporządzenia Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 13 lipca 2001 r. w sprawie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych. Wszystkie wymienione wyżej koszty nie kwalifikują się do kosztów bezpośrednich, nie są ujęte w Katalogach Nakładów Rzeczowych. Między innymi §3 i §5 rozporządzenia wskazuje na przyjmowanie kosztów ww. prac w kosztach pośrednich budowy. Takie zakwalifikowanie do kosztów bezpośrednich powoduje dodatkowo, że nie sposób określić, że VAT na ww. roboty jest inny niż na roboty podstawowe.

Odwołujący przytoczył treść harmonogramu rzeczowo-finansowego z innego, aktualnie toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. *Budowa zespołu dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych wraz z infrastrukturą techniczną i towarzyszącą przy ul. Dworskiej w Gliwicach (działki nr 606. 607/1)"* w którym również do wykonania są rozbiórki oraz montaż kuchenek elektrycznych, a Zamawiający wprost rozstrzygnął kwestię zastosowania preferencyjnej stawki podatku VAT. W pozycji VII.A ww. harmonogramu liczony jest koszt robót, które objęte są obniżoną stawką podatku, wśród elementów, które się tam znajdują są pozycje I. ROBOTY PRZYGOTOWAWCZE oraz I BUDOWA BUDYNKU MIESZKALNEGO NR Al (w której skład wchodzi pozycja *instalacja elektryczna silnoprądowa + kuchenki elektryczne).* Wynika z tego, iż zarówno roboty przygotowawcze w postaci m.in. rozbiórek, jak i montaż kuchenek elektrycznych liczone są z 8% stawką podatku VAT.

Odwołujący oświadczył, że podtrzymuje stanowisko, że w aktualnym postępowaniu sposób podłączenia kuchenek jest zgoła inny, niż było to w przytoczonym przez Zamawiającego postępowaniu, stąd przytaczanie tamtego stanowiska Odwołującego w aktualnej sprawie jest nieadekwatne. W postępowaniu pod nazwą: *„Budowa budynków mieszkalnych z lokalami socjalnymi przy ul. Kasprzaka* w *Dąbrowie Górniczej*", do którego odnosi się ww. wyrok KIO 2493, kuchenki elektryczne byty podłączane do sieci poprzez włożenie wtyczki do gniazdka, nie związywało urządzenia z instalacją na „stałe".

W niniejszym postępowaniu, podłączenie kuchenki realizuje się poprzez przyłączenie do instalacji elektrycznej w puszce dla urządzeń 3-fazowych i powinno zostać wykonane przez osoby mające uprawnienia elektryczne (realizacja przyłączenia odbiornika energii elektrycznej (kuchenka elektryczna) do instalacji, poprzez wypust kablowy, tak jak to mam miejsce w tym postępowaniu, wykonywana musi być przez wykwalifikowanego instalatora posiadającego Świadectwo Kwalifikacyjne wydawane przez Stowarzyszenie Polskich Elektryków (SEP) uprawniające do zajmowania się eksploatacją urządzeń instalacji i sieci na stanowisku Eksploatacji, Dozoru) - kuchenka jednocześnie zostaje częścią instalacji, gdyż nie można jej w każdej chwili odłączyć od instalacji.

Na potwierdzenie powyższego Odwołujący załączył wyciąg z Dokumentacji instalacji elektrycznej dla zadania „Budowa budynków mieszkalnych z lokalami socjalnymi przy ul. Kasprzaka w Dąbrowie Górniczej" oraz Dokumentacji instalacji elektrycznej dla zadania „Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego wraz z infrastrukturą przy ul. Stefana Batorego w Bielsku-Białej na działce nr 312/86".

Dodatkowo, Zamawiający w zadaniu *„Budowa budynków mieszkalnych z lokalami socjalnymi przy ul. Kasprzaka w Dąbrowie Górniczej",* w SIWZ, określił kody CPV, wśród których podał kod „39200000-4 - wyposażenie domowe", co zobowiązywało wykonawców do przyjęcia do kuchenek i innego wyposażenia formę dostaw i zastosowania 23% stawki VAT. Natomiast w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie określił odrębnego kodu C P V dla dostawy wyposażenia, w związku z tym i z tego względu należało zakwalifikować montaż kuchenek elektrycznych do robót instalacyjnych w budynkach, co wiąże się ze stawką podatku VAT 8%. W załączeniu Odwołujący przedstawił wyciągi z SIWZ dla obu ww. zadań.

Odwołujący zauważył, że kuchenki elektryczne nie są jedynymi odbiornikami prądu montowanymi poprzez wypust elektryczny. Do podobnych odbiorników, których zasada podłączenia realizowana jest w sposób identyczny należą m.in.: oprawy oświetleniowe, wentylatory dachowe w pionach wentylacji łazienkowej 7 szt., wentylatory dachowe w pionach wentylacji kuchennej 6 szt. Do powyższych pozycji kosztorysowych, polegających na dostawie i montażu odpowiednio opraw i wentylatorów zastosowano w ofercie Odwołującego preferencyjną stawkę podatku VAT 8 %. Taka sama stawka podatku VAT została również zastosowana w tych pozycjach przez firmę INTRAVI z Żywca, a mimo to oferta tej firmy nie została odrzucona oraz uzyskała maksymalną liczbę punktów. Potwierdza to załączone do oferty Zbiorcze zestawienie planowanych nakładów inwestycyjnych w pozycjach:

III.F.1. Instalacje elektryczne wraz z montażem osprzętu,

III.F.2. Instalacje wod.-kan., co wraz z „białym montażem".

Odwołujący podniósł, że w konsekwencji nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, stwierdzając, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Przy prawidłowym prowadzeniu postępowania Zamawiający nie odrzuciłby oferty Odwołującego, wobec czego nie miałby podstaw do

unieważnienia postępowania, ponieważ cena oferty Odwołującego mieści się w kwocie przeznczonej na sfinansowanie ww. zamówienia.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej oraz nie przedstawił swojego stanowiska w tej sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony
postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów, zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp, podtrzymanych na rozprawie, z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 190 ust. 1 Pzp), która oznacza obowiązek stron i uczestników postępowania odwoławczego do wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu opisał przedmiot niniejszego zamówienia wg Wspólnego Słownika Zamówień (CPV)za pomocą następujących kodów: 45211000-9, 45330000-9, 45331100-7, 453110000-3, 45231300-8, 45400000-1, 4530000-0 - kwalifikując całość przedmiotu zamówienia jako roboty budowlane. W pkt 4 SIWZ Zamawiający postanowił, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi dokumentacja projektowa stanowiąca integralną część SIWZ. Przedmiot zamówienia obejmuje roboty o złożonym charakterze, przy czym wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie robót (pkt 16 ppkt 1 i 5 SIWZ) ustalono jako wynagrodzenie ryczałtowe, które obejmuje całość przedmiotu zamówienia.

W pkt 16 Opis sposobu obliczenia ceny oferty ppkt 4 Zamawiający wskazał, że „oferta winna zawierać wartość netto, podatek VAT, wartość brutto. Jako cenę ofertową uważa się wartość brutto za realizację zamówienia przedstawioną w formularzu ofertowym – Załącznik nr 1 do SIWZ i jako taką Zamawiający będzie przyjmował do rozliczeń z wykonawcą."

W pkt 14 SIWZ Zamawiający zawarł Opis sposobu przygotowania oferty, w którym wymagał załączenia do oferty m.in. zestawienia planowanych nakładów inwestycyjnych – Załącznik nr 7 do SIWZ, harmonogramu rzeczowo-finansowego – Załącznik nr 8 do SIWZ, kosztorysów ofertowych, które ze względu na ryczałtowy charakter zamówienia nie podlegały szczegółowemu badaniu, a jedynie miały stanowić formę poglądową dla Zamawiającego.

Załącznik nr 7 do SIWZ zawiera*„Zbiorcze zestawienie planowanych nakładów inwestycyjnych dla realizacji budynku mieszkaniowego wielorodzinnego wraz z infrastrukturą przy ul. Stefana Batorego w Bielsku-Białej na działce nr 312/86".* W Załączniku nr 7 do SIWZ Zamawiający zakwalifikował kwestionowane pozycje, tj.:

1) III.A. Roboty przygotowawcze

2) III.F.5 Urządzenia i wyposażenie (w ramach pozycji III.F „Razem roboty instalacji wewnętrznych ")

pod pozycją III. „Roboty budowlane obiektu netto", co wskazuje, że powyższe roboty wchodzą w zakres robót budowlanych, polegających na budowie budynku mieszkalnego wielorodzinnego.

W przedmiotowym postępowaniu, zgodnie ze Zbiorczym zestawieniem nakładów inwestycyjnych, Zamawiający ujął roboty przygotowawcze w pozycji III.A wskazując w nawiasie, że pozycja ta obejmuje „np. wyburzenia, wycinkę drzew", natomiast kuchenki zostały ujęte w pozycji III.F.5 w części dotyczącej robót instalacji wewnętrznych.

Odwołujący, na wezwanie Zamawiającego z dnia 5 listopada 2020 r., złożył wyjaśnienia z dnia 10 listopada 2020 r. dotyczące kwestii stawki podatku VAT zastosowanej dla pozycji III.A. „Roboty przygotowawcze" i pozycji III.F.5 „urządzenia i wyposażenie" Załącznika 7 do SIWZ, załączając do wyjaśnień interpretację podatkową z dnia 17 maja 2019 r. potwierdzającą prawidłowość zastosowanej w ofercie stawki VAT - 8% (Pismo z dnia 17 maja 2019 r. Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej 0115-KDIT1- 1.4012.187.2019.1.AJ). Odwołujący przedstawił w wyjaśnieniach właściwe podstawy prawne do zastosowania stawki 8% podatku VAT do ww. pozycji.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego oraz jako podstawę odrzucenia tej oferty wskazał art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, zarzucając Odwołującemu popełnienie błędu w obliczeniu ceny oferty, polegającego na przyjęciu błędnej stawki podatku VAT (8%) dla pozycji:

-III. A „Roboty przygotowawcze",

-III. F5 „Urządzenia i wyposażenie(kuchenki)

w załączonym do oferty Odwołującego Załączniku nr 7 do SIWZ -*„Zbiorcze zestawienie planowanych nakładów inwestycyjnych dla realizacji budynku mieszkaniowego wielorodzinnego wraz z infrastrukturą przy ul. Stefana Batorego w Bielsku-Białej na działce nr 312/86".* W uzasadnieniu ww. decyzji Zamawiający wskazał, że dla robót rozbiórkowych oraz montażu kuchenek elektrycznych prawidłowa stawka podatku VAT wynosi 23%, powołując się przy tym na orzeczenia i interpretacje podatkowe.

Biorąc pod uwagę ustalony w niniejszej sprawie stan faktyczny, Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, przez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu błędu w obliczeniu ceny, polegającego na zastosowaniu nieprawidłowej stawki podatku VAT dla pozycji III.A. „Roboty przygotowawcze" i pozycji III.F.5 „urządzenia i wyposażenie" Załącznika 7 do SIWZ*„Zbiorcze zestawienie planowanych nakładów inwestycyjnych dla realizacji budynku mieszkaniowego wielorodzinnego wraz z infrastrukturą przy ul. Stefana Batorego w Bielsku-Białej na działce nr 312/86"*, w wysokości 8 % dla robót rozbiórkowych oraz kuchenek, naruszając przy tym zasadę prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz udzielania zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp,

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera błąd w obliczeniu ceny. Przy czym, w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, sądów okręgowych i Sądu Najwyższego, za błąd w obliczeniu ceny należy uznać wadliwy dobór przez wykonawcę elementów mających wpływ na właściwe obliczenie ceny oferty, w tym przyjęcie i zastosowanie przez wykonawcę wadliwej stawki podatku VAT, w przypadku gdy zamawiający nie określił

wysokości stawki tego podatku w SIWZ, ale wymagał samodzielnego zastosowania przez wykonawcę obowiązujących przepisów w tym zakresie (patrz: uchwała Sądu Najwyższego z 20.10.2011 r., sygn. akt III CZP 52/11).W uchwale Sądu Najwyższego wskazano, że *„przy wykonywaniu przez zamawiającego obowiązku zbadania czy oferty wykonawców nie zawierają błędów w obliczeniu ceny*; *przy równoczesnym braku w ustawie przedmiotowych ograniczeń przy dokonywaniu przez niego takiej kontroli, ocenie zamawiającego musi także podlegać przyjęcie przez wykonawcę prawidłowej stawki podatku VAT, ponieważ podatek ten jest bez wątpienia elementem cenotwórczym. Odmienny wniosek musiałby zatem prowadzić do niedającej się zaaprobować zgody na nieprzewidziane ustawą ograniczenie uprawnień zamawiającego, a w konsekwencji uniemożliwienie mu rzetelnego zbadania przesłanki uzasadniającej wykonanie przez zamawiającego ustawowego obowiązku odrzucenia ofert."* W dalszej części Sąd Najwyższy w ww. uchwale podniósł, że *„Zakres obowiązków kontrolnych zamawiającego i kształt nakazanych ustawą, chronologicznie ujętych, kolejnych jego obowiązków, warunkowany jest treścią SIWZ. Jedynie wówczas jeśli zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT, kształtującą przecież także wysokość określonej w ofercie ceny, to dopiero wtedy może dojść do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w SIWZ. Niezgodność taka uzasadniałaby obowiązek poprawienia oferty i to tylko wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Natomiast w sytuacji, w której zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, ponieważ nie wystąpi wówczas ustawowa przesłanka niezgodności oferty z SIWZ, a to wobec braku dwóch potrzebnych do porównania elementów, a zarazem niezbędnych do oceny przesłanki w postaci zaistnienia niezgodności. W tej ostatnio wskazanej sytuacji w rachubę wchodzi wyłącznie ocena wystąpienia błędu w obliczeniu w ofercie ceny. Wobec braku faktycznej możliwości odniesienia się do stawki podatku VAT wobec jej nieuwzględnienia w SIWZ, obowiązek zamawiającego musi ograniczyć się wyłącznie do oceny prawidłowości przyjętej w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT, która jako element cenotwórczy miała niewątpliwie bezpośredni wpływ na ukształtowanie wysokości przedstawionej w ofercie ceny. Przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VA T, będącego elementem cenotwórczym, jest zatem równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego niewątpliwie wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny. Innymi słowy, posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny i to bez względu na skalę czy matematyczny wymiar stwierdzonego uchybienia."*

W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT dla świadczenia objętego zamówieniem ani dla poszczególnych elementów składowych przedmiotu zamówienia. Zatem, prawidłową stawkę podatku VAT był zobowiązany ustalić i zastosować w obliczeniu ceny oferty samodzielnie wykonawca.

W ocenie Izby, Odwołujący prawidłowo zastosował do robót ujętych w pozycji III.A i III.F.5 Załącznika nr 7 do SIWZ stawkę podatku VAT przewidzianą dla robót budowlanych, polegających na budowie budynku mieszkalnego wielorodzinnego w wysokości 8 %.

Odwołujący prawidłowo wyjaśnił w piśmie z dnia 10 listopada 2020 r., że art. 41 ust. 2 ustawy o podatku od towarów i usług określa, że dla towarów i usług, wymienionych w załączniku nr 3 do ww. 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 2 tej ustawy, w okresie od dnia 1 stycznia 2019 roku 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%, 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 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 - 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. Stosownie do art. 2 pkt 12 ww. ustawy, przez obiekty budownictwa mieszkaniowego rozumie się budynki mieszkalne stałego zamieszkania sklasyfikowane w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 11. Natomiast w myślart. 41 ust. 12b ww. ustawy, do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym, określonego w ust. 12a, nie zalicza się:

1.budynków mieszkalnych jednorodzinnych, których powierzchnia użytkowa przekracza 300 m^2,

2.lokali mieszkalnych, których powierzchnia użytkowa przekracza 150 m^2.

Jak wynika z dokumentacji zdjęciowej przedstawionej przez Odwołującego, rozbiórki, które przewidziano do wykonania w ramach tego zamówienia w związku z budową budynku mieszkalnego, to rozbiórki pozostałości po ławce, murki oporowe, kawałki betonowe, które prawdopodobnie zostały porzucone na działce, płyta stropowa. Rozbiórki te mają charakter jedynie porządkowy, zatem brak jest podstaw do zakwalifikowania tego typu robót, jako robót rozbiórkowych rozumianych jako rozbiórka obiektu budowlanego w rozumieniu art. 3 pkt 7 Prawa budowlanego. Podkreślenia wymaga w tym miejscu niewielki rozmiar powyższych robót „rozbiórkowych'' objętych niniejszym postępowaniem, co przesądza o tym, że prace rozbiórkowe nie stanowią samodzielnej części przedmiotu zamówienia, która powinna była podlegać wyodrębnieniu z całości świadczenia w ramach tego zamówienia. Mamy tu do czynienia jedynie z robotami, które są robotami pomocniczymi i koniecznymi do budowy nowych mieszkaniowych obiektów budowlanych, które jako roboty przygotowawcze i rozbiórkowe Zamawiający umieścił w przedmiarze na roboty związane z budową budynku, co do których Zamawiający uznał za prawidłową stawkę podatku VAT w wysokości 8 %.

W odniesieniu do drugiej kwestii, tj. zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 8% dla pozycji obejmującej instalację kuchenki elektrycznej, należy zauważyć, że w przedmiotowym postępowaniu, podłączenie kuchenki

elektrycznej ma być wykonane poprzez trwałe przyłączenie kuchenki do instalacji elektrycznej w puszce dla urządzeń 3-fazowych i powinno zostać wykonane poprzez wypust kablowy przez wykwalifikowanego instalatora, co potwierdza, że kuchenka elektryczna staje się częścią wewnętrznej instalacji elektrycznej budynku. Powyższa metoda podłączenia kuchenki wynika z dokumentacji technicznej - *Dokumentacja instalacji elektrycznej dla zadania „Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego wraz z infrastrukturą przy ul. Stefana Batorego w Bielsku-Białej na działce nr 312/86",* z której wyciąg przedstawił do akt sprawy Odwołujący. Potwierdza powyższe także Opinia techniczna z dnia 30.12.2020r. opracowana przez inż. J. K. – specjalistę w zakresie instalacji elektrycznych i sporządzania projektów dla osób fizycznych, posiadającego uprawnienia nr 612/87 przedstawiona przez Odwołującego wraz z zaświadczeniem Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa oraz wraz z dokumentem z dnia 10.11.1987r. „Stwierdzenie przegotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie" i projektem wykonawczym instalacji elektrycznych dla budynku mieszkalnego wielorodzinnego wraz z infrastrukturą objętego przedmiotem postępowania (SIWZ) - na okoliczność zastosowania przez Odwołującego w sposób prawidłowy stawki podatku VAT w wysokości 8% w stosunku do instalacji kuchenek. Podkreślić należy, że w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający nie zastosował odrębnego kodu CPV właściwegodla dostawy wyposażenia, a w związku z tym uprawnione jest zakwalifikowanie montażu kuchenek elektrycznych do robót instalacyjnych w budynkach, co w świetle postanowień SIWZ (dokumentacji technicznej) uczynił zresztą sam Zamawiający - ujmując tę pozycję w ramach robót odnoszących się do instalacji wewnętrznych budynku.

Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego powołał się na wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego o sygn. Akt I FSK 1346/12 oraz uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2019 r. o sygn. KIO/KD 4/19, które to orzeczenia odnoszą się do odmiennych stanów faktycznych niż w przedmiotowym postępowaniu. Oba ww. orzeczenia przytoczone przez Zamawiającego odnoszą się do rozbiórki mieszkaniowych obiektów budowlanych, inaczej niż w przedmiotowym postępowaniu, w którym roboty rozbiórkowe są robotami współistniejącymi, pomocniczymi dla robót polegających na wznoszeniu nowych obiektów mieszkaniowych.

Prawidłowość przyjętych w ofercie Odwołującego w kwestionowanych przez Zamawiającego pozycjach potwierdza treść załączonej do wyjaśnień złożonych przez Odwołującego kopii pisma z dnia 17 maja 2019 r. Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej 0115-KDIT1 -1.4012.187.2019.1.AJ stanowiącego interpretację indywidulaną w analogicznej sprawie, w której występował problem rozbiórki w kontekście stawki podatku VAT. W powyższej interpretacji wyraźnie potwierdzono prawidłowość zastosowania preferencyjnej stawki tego podatku do robót rozbiórkowych. Z przedłożonej przez Odwołującego interpretacji podatkowej wynika m.in., że „*w przypadku, gdy wykonywana czynność stanowi dla inwestora całość, nie należy jej rozbijać na poszczególne elementy składowe, lecz traktować jako jedno świadczenie, zgodnie z elementem, który nadaje całemu świadczeniu charakter dominujący więc wykonywanych jest więcej czynności, a są one ze sobą ściśle powiązane oraz stanowią całość pod względem ekonomicznym i gospodarczym, to dla potrzeb VAT należy potraktować je jako jedną czynność opodatkowaną*" oraz „*w przypadku, gdy wykonana usługa stanowi jedno świadczenie w aspekcie gospodarczym, w ramach którego jeden z elementów stanowi świadczenie główne/zasadnicze a inny pomocnicze/uboczne, to usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeżeli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej".*

Powyższe wnioski są spójne z pojęciem świadczenia kompleksowego, które zostało wypracowane w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz w orzecznictwie krajowym. W wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04 TSUE wskazał, że *„Jeżeli dwa świadczenia lub więcej (...) są tak ściśle powiązane, że obiektywnie tworzą one w aspekcie gospodarczym jedną całość, której rozdzielenie miałoby sztuczny charakter, to wszystkie te świadczenia lub czynności stanowią jedno świadczenie do celów stosowania podatku od wartości dodanej*". Podobny pogląd został wyrażony przez TSUE w wyroku z dnia 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96.

Odwołujący dodatkowo, na poparcie prawidłowości przyjętej stawki podatku VAT w wysokości 8 % dla rozbiórki w ramach robót przygotowawczych i montażu kuchenek elektrycznych, przytoczył także treść harmonogramu rzeczowo-finansowego z innego, aktualnie toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. *Budowa zespołu dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych wraz z infrastrukturą techniczną i towarzyszącą przy ul. Dworskiej w Gliwicach (działki nr 606. 607/1)",* w którym *zarówno* do wykonania są rozbiórki jak i montażu kuchenek elektrycznych, zamawiający wprost rozstrzygnął w dokumentacji przetargowej kwestię zastosowania preferencyjnej stawki podatku VAT. Z wzoru harmonogramu rzeczowo-finansowego udostępnionego wykonawcom w tym postępowaniu wynika, że zarówno do robót przygotowawczych w postaci m.in. rozbiórek, jak i do montażu kuchenek elektrycznych należy przyjąć 8% stawkę podatku VAT (Harmonogram rzeczowo-finansowy dla zadania: ,*Budowa zespołu dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych wraz z infrastrukturą techniczną i towarzyszącą przy ul. Dworskiej w Gliwicach (działki nr 606, 607/1)").*

Prawidłowość zastosowania przez Odwołującego stawki podatku VAT w wysokości 8% w zakresie robót przygotowawczych i instalacji kuchenek w budownictwie mieszkaniowym potwierdza również przedłożony przez Odwołującego do akt sprawy Protokół z kontroli podatkowej w postępowaniu nr 7872 przeprowadzanej przez Pierwszy Śląski Urząd Skarbowy w Sosnowcu z dnia 23.12.2014 r. w odniesieniu dopostępowania o udzielenie zamówienia przez TBS Sp. z o.o. w Gliwicach na „budowę wielorodzinnych budynków mieszkalnych wraz z parkingami i infrastrukturą towarzyszącą oraz budową dróg przy ul. Strzelniczej- Granicznej w Gliwicach etap IIIB" (str. 49 protokołu), a także treść kontraktu nr 097/13/TBS na wykonanie robót budowlanych – zadanie nr 1 i zadanie nr 2 obejmujące inwestycję pod nazwą „budowa wielorodzinnych budynków mieszkalnych wraz z parkingami i infrastrukturą towarzyszącą oraz budową dróg przy ul. Strzelniczej-Granicznej w Gliwicach etap IIIB" wraz z harmonogramem rzeczowo-finansowym dla zadanie 1 i 2, który potwierdza, że Odwołujący realizował analogiczne roboty, do których prawidłowo zastosował stawkę 8% podatku VAT w zakresie robót przygotowawczych i instalacji kuchenek w ramach tej umowy.

Reasumując, w ocenie Izby, Zamawiający niesłusznie odrzucił ofertę Odwołującego, ponieważ Odwołujący nie popełnił wskazanego błędu w obliczeniu ceny, tj. zastosował prawidłową stawkę podatku 8% VAT w ww. pozycjach - zgodnie z przepisami prawa oraz treścią SIWZ.

Potwierdził się także zarzut naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w konsekwencji nieuprawnionego odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego i stwierdzenia, że cena oferty najkorzystniejszej przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W przypadku bowiem unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia oraz przywrócenia do postępowania oferty Odwołującego, Zamawiający będzie miał możliwość dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, której cena (opiewająca na kwotę 8 319 176,97 zł) nie przekracza kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: ……