Sygn. akt:KIO 3515/21

KIO 3538/21

WYROK

z dnia 16 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Magdalena Rams

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Ewa Sikorska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 15 grudnia 2021 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 3 grudnia 2021 r. przez wykonawcę **RISER Sp. z o.o., z siedzibą w Jaworznie,**
B.dniu 6 grudnia 2021 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowlane "DOMBUD" S.A., z siedzibą w Katowicach,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Katowickie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o., z siedzibą w Katowicach,**

przy udziale wykonawcy **PBO ŚLĄSK Sp. z o.o., z siedzibą w Sosnowcu**zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3515/21 i KIO 3538/21 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.Oddala odwołanie o sygn. akt: KIO 3515/21.
2.Uwzględnia odwołanie o sygn. akt: KIO 3538/21 i nakazuje zamawiającemu Katowickiemu Towarzystwu Budownictwa Społecznego sp. z o.o. unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy PBO Śląsk sp. z o.o., odrzucić ofertę wykonawcy PBO Śląsk sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, dokonać ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.
3.W pozostałym okresie oddala odwołanie o sygn. akt: 3538/21.
4.Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 3515/21 obciąża wykonawcę**RISER Sp. z o.o., z siedzibą w Jaworznie** i:
4.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **RISER Sp. z o.o., z siedzibą w Jaworznie**tytułem wpisu od odwołania;
4.2zasądza od wykonawcy **RISER Sp. z o.o., z siedzibą w Jaworznie**na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.
5.Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 3538/21 obciąża zamawiającego**Katowickie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o., z siedzibą w Katowicach** i:
5.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowlane "DOMBUD" S.A., z siedzibą w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania;
5.2zasądza od zamawiającego na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budowlane "DOMBUD" S.A., z siedzibą w Katowicach** kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania – wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący:……..

Członkowie: ……..

……...

Sygn. akt:KIO 3515/21

KIO 3538/21

UZASADNIENIE

Sygn. akt: KIO 3515/21

W dniu 3 grudnia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy RISER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej „Odwołujący 1") zarzucając zamawiającemu Katowickiemu Towarzystwu Budownictwa Społecznego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej „Zamawiający"):

1)zaniechanie odrzucenia oferty PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnościąul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec na podstawie art. 226 ust 1 pkt 10 ustawy Pzp, mimo że powyższa oferta zawierała błąd w obliczeniu ceny – tj. zastosowano w niej nieistniejącą stawkę podatku VAT w wynagrodzeniu za rozbiórkę

istniejącego budynku, a co z tym idzie w wynagrodzeniu za realizację całości zamówienia;

2)poprawienie omyłki rachunkowej w ofercie PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie wysokości wynagrodzenia brutto za rozbiórkę istniejącego budynku (a w konsekwencji także w całkowitej cenie brutto i w wysokości podatku VAT za całość oferty), mimo braku przesłanek do dokonania takiej poprawki (powyższa oferta zawierała błąd w obliczeniu ceny – tj. zastosowano w niej nieistniejącą stawkę podatku VAT i nie można było tego błędu potraktować jako omyłki rachunkowej);

3)zaniechanie odrzucenia oferty PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, mimo iż PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec nie wykazała spełnienia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej i zawodowej (doświadczenie w wykonaniu umów o roboty budowlane - pkt 8.I.1 lit. a SWZ) orazw odniesieniu do sytuacji ekonomicznej i finansowej (posiadanie odpowiedniej polisy OC – pkt 8.I.2 lit. d SWZ), a także mimo że nie złożyła podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnienie powyższych warunków udziału w postępowaniu;

4)zaniechanie odrzucenia oferty PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp mimo iż PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec nie przedłożyła wymaganego podmiotowego środka dowodowego - sprawozdania biegłego rewidenta z badania sprawozdania finansowego za rok 2020, zgodnie z wymaganiami pkt 10.II.1.2.3.1. SWZ w zw. z pkt 8.1.2 lit. a- lit. c SWZ);

5)z ostrożności procesowej – zaniechanie wezwania PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia:

- wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej i zawodowej (pkt 8.I.1 lit. a SWZ w zw. z pkt 10.II.1.2.1.1. SWZ);
- dowodów określających, czy roboty budowlane ujęte w powyższym wykazie, zostały wykonane należycie (pkt 8.1.1 lit. a SWZ w zw. z pkt 10.II.1.2.1.1. SWZ);
- dokumentu potwierdzającego, że PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia co najmniej 3.000.000,00 zł (pkt 8.1.2 lit. d SWZ w zw. z pkt 10.II.1.2.5.1. SWZ);
- sprawozdania biegłego rewidenta z badania sprawozdania finansowego PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41208 Sosnowiec za rok 2020 (pkt 10.II.1.2.3.1. SWZ w zw. z pkt 8.I.2 lit. a- lit. c SWZ);.

6)dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, złożonej przez PBO ŚLĄSK spółkaz ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec, mimo że ofertą rzeczywiście najkorzystniejszą była oferta, złożona przez odwołującego.

Odwołujący 1 zarzucił naruszenie przez Zamawiającego: (i) art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez ich błędną wykładnię i brak zastosowania, przejawiające się w zaniechaniu odrzucenia oferty PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec, mimo że powyższa oferta zawierała błąd w obliczeniu ceny – tj. zastosowano w niej nieistniejącą stawkę podatku VAT w wynagrodzeniu za rozbiórkę istniejącego budynku, a co za tym nieistniejącą stawkę podatku VAT w wynagrodzeniu za realizację całości zamówienia; (ii) art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, polegające na poprawieniu w ofercie PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec błędu w obliczeniu ceny – tj. wysokości wynagrodzenia brutto za rozbiórkę istniejącego budynku z nieistniejącą stawką podatku VAT, mimo braku przesłanek do dokonania takiej poprawki (powyższa oferta zawierała błąd w obliczeniu ceny – tj. zastosowano w niej nieistniejącą stawkę podatku VAT i nie można było tego błędu potraktować jako oczywistej omyłki rachunkowej); (iii) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 119 ustawy Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, poprzez ich błędną wykładnię i brak zastosowania, przejawiające się w zaniechaniu odrzucenia oferty PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec, mimo iż powyższy podmiot nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej i zawodowej (doświadczenie w wykonaniu umów o roboty budowlane - pkt 8.I.1 lit. a SWZ) oraz w odniesieniu do sytuacji ekonomicznej i finansowej (posiadanie odpowiedniej polisy OC – pkt 8.I.2 lit. d SWZ), a także mimo że nie złożył podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnienie powyższych warunków udziału w postępowaniu; (iv) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp poprzez jego błędną wykładnię i brak zastosowania, przejawiające się w zaniechaniu odrzucenia oferty PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec, mimo iż powyższy podmiot nie złożył wymaganego dokumentu podmiotowego - sprawozdania biegłego rewidenta z badania sprawozdania finansowego za rok 2020, zgodnie z wymaganiami pkt 10.II.1.2.3.1. SWZ w zw. z pkt 8.I.2 lit. a- lit. c SWZ); z ostrożności procesowej, (v) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez ich błędną wykładnię i brak zastosowania, przejawiające się w zaniechaniu wezwania PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych tj.

- wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej i zawodowej (pkt 8.I.1 lit. a SWZ w zw. z pkt 10.II.1.2.1.1. SWZ);
- dowodów określających, czy roboty budowlane ujęte w powyższym wykazie, zostały wykonane należycie (pkt 8.I.1 lit. a SWZ w zw. z pkt 10.II.1.2.1.1. SWZ);
- dokumentu potwierdzającego, że PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia co najmniej 3.000.000,00 zł (pkt 8.I.2 lit. d SWZ w

zw. z pkt 10.II.1.2.5.1. SWZ);

- sprawozdania biegłego rewidenta z badania sprawozdania finansowego PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41208 Sosnowiec za rok 2020 (pkt 10.II.1.2.3.1. SWZ w zw. z pkt 8.I.2 lit. a- lit. c SWZ).

(vi) art. 239 ustawy Pzp w zw. z art. 253 ustawy Pzp, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, przejawiające się w wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec, mimo że ofertą najkorzystniejszą, w rozumieniu art. 239 ustawy Pzp i w świetle kryteriów oceny ofert; (vii) art. 16 ustawy Pzp, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, przejawiające się w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasady proporcjonalności i uczciwej konkurencji.

Odwołujący 1 wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41208 Sosnowiec; unieważnienia czynności poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec, dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert; odrzucenia oferty, złożonej przez PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec; przeprowadzenie zawnioskowanych dowodów na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania; obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego na podstawie art. 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 ust. 2 lit. b) 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, stosownie do przedłożonej na rozprawie/posiedzeniu faktury VAT, obejmującej wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący 1 w zakresie zarzutu nr 1 i 2 wskazał, co następuje:

W pkt 16.1.4 SWZ, Zamawiający wymagał podania następujących informacji: „Wykonawca poda w Formularzu Ofertowym oraz Formularzu Cenowym stawkę podatkuod 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)".

Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą formularza cenowego (załącznik nr 9 do SWZ), zgodnie z pkt 14.I.7.8. SWZ. W formularzu cenowym wykonawcy mieli za zadanie podać wynagrodzenie netto oraz brutto za poszczególne zakresy prac, objętych zamówieniem, w tym za roboty rozbiórkowe istniejącego budynku, za dokumentację projektową oraz za roboty budowlane. Wysokość stawki podatku VAT wykonawcy mieli określić samodzielnie, niemniej jednak nie była ona wpisywana do powyższego formularza cenowego. W formularzu cenowym (załącznik nr 9) znajduje się zastrzeżenie, iż: „Formularz Cenowy stanowi treść oferty i nie może zostać uzupełniony lub poprawiony po terminie składania ofert".

Odwołujący 1 wskazał, że w formularzu cenowym (załącznik nr 9) dla rozbiórki istniejącego budynku PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec podała kwotę netto 900.000,00 zł oraz kwotę brutto 970.000,00 zł. Różnica między ceną brutto a ceną netto tj. wartość 70.000,00 zł, będąca podatkiem VAT, nie została wyliczona ani według stawki 8 %, ani według stawki 23 %. Wartość 70.000,00 zł oznacza, że PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec przyjęła stawkę podatku VAT w wysokości około 7,7 %. Wskazano zatem nieistniejącą stawkę podatku VAT. Uprawniona będzie zatem konstatacja, że oferta PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec zawiera błąd w obliczeniu ceny za roboty rozbiórkowe istniejącego budynku, a co za tym idzie błąd w całkowitej cenie za realizację zamówienia, co stanowi podstawę do odrzucenia oferty.

Dowód:

- SWZ (w aktach sprawy);
- formularz cenowy załączony do oferty PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec (w aktach sprawy);
- formularz ofertowy PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec (w aktach sprawy) wszystkie dowody na okoliczność, iż oferta PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec zawiera błąd w obliczeniu ceny

Odwołujący 1 podkreślił, że Zamawiający w SWZ wprost wskazał, że nieprawidłowa stawka podatku VAT będzie skutkować odrzuceniem oferty (pkt 16.I.4 SWZ). Niezrozumiałe jest zatem to, dlaczego Zamawiający, mimo zastosowania przez PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec nieprawidłowej stawki podatku VAT, nie dokonał odrzucenia tejże oferty. Zamawiający, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec naruszył przepisy ustawy Pzp oraz postanowienia SWZ. Błąd w obliczeniu ceny w formularzu, cenowym za rozbiórkę istniejącego budynku rzutował na błąd w obliczeniu całkowitej ceny brutto z oferty PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec. Całkowita cena brutto z ofertyPBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec w kwocie 48.838.000,00 zł brutto zawierała bowiem w sobie jeden z czynników składowych – tj. cenę brutto za rozbiórkę istniejącego budynku, którą podano z zastosowaniem nieistniejącej stawki podatku VAT. Tym samym całkowita cena brutto zawierała w sobie nieistniejący podatek VAT, a tym samym błąd w obliczeniu, który winien skutkować jej odrzuceniem.

Zamiast odrzucenia, Zamawiający pismem z dnia 18 października 2021 r. poinformował PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec o poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej, poprzez zmianę ceny brutto dla pozycji roboty rozbiórkowe istniejącego budynku z podanej 970.000,00 zł brutto, na nową tj. 972.000,00 zł brutto. W konsekwencji tej poprawki, Zamawiający zmienił także całkowitą wysokość podatku VAT oraz całkowitą cenę oferty brutto oferty PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec.

Dowód:

- SWZ, (w aktach sprawy)
- zawiadomienie Zamawiającego z dnia 18 października 2021 r. o poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej (w aktach sprawy), wszystkie dowody na okoliczność niezgodnego z ustawą Pzp poprawienia błędu w obliczeniu ceny w ofercie PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec

Odnośnie do dokonanej poprawy, Odwołujący 1 wskazał, że brak było podstaw do potraktowania błędnej stawki podatku

VAT jako oczywistej omyłki rachunkowej. Zamawiający dokonał zatem tej czynności niezgodnie z prawem. W świetle art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oczywista omyłka możliwa do poprawienia to taka omyłka, która daje się ustalić jednoznacznie. Błąd w obliczeniu ceny, popełniony przez PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec (tj. niewłaściwa stawka podatku VAT za roboty rozbiórkowe istniejącego budynku), nie może zostać zakwalifikowany jako oczywista omyłka rachunkowa. Aby stwierdzić, że została popełniona oczywista omyłka rachunkowa musi wystąpić błąd w przeprowadzonych przez wykonawcę działaniach arytmetycznych, i błąd ten musi mieć charakter oczywisty, nie budzący wątpliwości co do prawidłowego wyniku. Co więcej, z treści oferty musi wynikać informacja, w jaki sposób omyłkę poprawić.
W ocenie Odwołującego 1, błąd popełniony przez PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec nie kwalifikuje się jako oczywista omyłka rachunkowa, możliwa do poprawienia w trybie art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.
Po pierwsze, nie jest przesądzone, że podanie kwoty 900.000,00 zł netto i 970.000,00 zł brutto dla robót rozbiórkowych istniejącego budynku w ogóle stanowiło oczywistą omyłkę rachunkową. PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec mogła po prostu podać nieprawidłową stawkę podatku VAT w wyniku niezachowania należytej staranności.
Po drugie, nie mamy wiedzy, czy wartością referencyjną, którą należało poprawić, była cena brutto, czy cena netto robót rozbiórkowych istniejącego budynku. Równie dobrze cena brutto (tj. 970.000,00 zł) mogła być prawidłowa, a należało poprawić cenę netto (tj. 900.000,00 zł). Zamawiający wywodzi z formularza cenowego treści, które się w nim nie znajdują – tj. że referencyjną wartością jest wartość netto i że chodziło o stawkę podatku VAT, wynoszącą 8 %.
Po trzecie, intencją PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec , mogło być podanie stawki 23 % dla robót rozbiórkowych istniejącego budynku. W formularzu ofertowym PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec, podano bowiem dwie stawki podatku VAT – tj. 8 % i 23 %. Stosowanie niższej, preferencyjnej stawki jest prawem, a nie obowiązkiem wykonawcy (wyrok KIO z dnia 24 marca 2016 r., KIO 349/16). W takim przypadku błędna mogła być którakolwiek z wartości robót rozbiórkowych istniejącego budynku – albo netto 900.000,00 zł, albo brutto – 970.000,00 zł. Oprócz ustalenia wartości referencyjnej, należałoby także rozstrzygnąć, jaką stawkę podatku VAT zastosować celem poprawienia błędu w obliczeniu ceny. Zamawiający nie wskazał w SWZ prawidłowej stawki podatku VAT.
Dowód:

- SWZ (w aktach sprawy)
- formularz ofertowy PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec (w aktach sprawy), wszystkie dowody na okoliczność stosowania dwóch stawek podatku VAT przez PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec

Po czwarte, z treści oferty nie wynikała dla Zamawiającego informacja, w jaki sposób mógłby dokonać poprawienia omyłki zawartej w ofercie. Uzyskane w wyniku wyjaśnień informacje dostarczyłyby nowych danych, nowych treści nie zawartych w ofercie, co w konsekwencji stanowiłoby złożenie, nowego oświadczenia woli i nowej oferty, co po upływie terminu składania ofert nie jest dozwolone. PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec musiałaby oświadczyć, która cena jest poprawna, w tym wskazać stawkę podatku VAT.
Po piąte, w formularzu cenowym, złożonym przez PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec, nie zostały podane dane, zgodnie z którymi powinny zostać przeprowadzone działania matematyczne, których celem jest wyliczenie prawidłowej wartości netto i brutto dla robót rozbiórkowych istniejącego budynku. Zamawiający dysponuje jedynie informacją o wartości netto oraz informacją o wartości brutto. Oznacza to, że kluczowy składnik iloczynu (stawka podatku VAT) znany jest jedynie PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41208 Sosnowiec, natomiast jest niewidoczny i nieznany dla Zamawiającego (w formularzu cenowym nie podawano stawki podatku VAT).
Po szóste, powyższe wątpliwości przesądzają o tym, że nie mamy do czynienia z oczywistą omyłką rachunkową. Wątpliwości bowiem wyłączają oczywistość omyłki, a tym samym możliwość jej poprawienia.
Po siódme, Zamawiający sam stwierdził, że nie będzie dokonywać żadnych poprawek w formularzu cenowym (zgodnie z treścią zastrzeżenia z formularza cenowego), natomiast w SWZ dopuścił potencjalnie tylko poprawienie innej omyłki, polegającej na niezgodności oferty z SWZ. Dokonując poprawienia błędu w obliczeniu ceny Zamawiający postąpił zatem niezgodnie z postanowieniami SWZ.
Po ósme, błąd w obliczeniu ceny nie stanowił oczywistej omyłki pisarskiej, lecz niezachowanie przez PBO Śląsk należytej staranności podczas przygotowywania oferty.
Po dziewiąte, zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., III CZP 53/11, określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli nie ma ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych) Sąd Najwyższy w zasadzie w ogóle nie dopuszcza możliwości naprawienia błędu w zastosowanej stawce VAT poprzez poprawienie oczywistej omyłki rachunkowej. Jedyną, potencjalną możliwością naprawienia błędnej stawki podatku VAT, jaką dostrzegł Sąd Najwyższy, był tryb art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (poprzednio art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych) – czyli inna omyłka niż omyłka pisarska lub rachunkowa.
Z ostrożności procesowej Odwołujący 1 wskazał, że nie istniały przesłanki do zakwalifikowania błędnej stawki podatku VAT jako omyłki pisarskiej lub innej omyłki, polegającej na niezgodności oferty z SWZ. Omyłka pisarska może polegać na opuszczeniu wyrazu, błędzie pisarskim albo logicznym, przypadkowym przeoczeniu lub innej nieumyślnej niedokładności, która nasuwa się sama przez się każdemu. Błąd taki ma zatem charakter proceduralno-techniczny, a nie merytoryczny. Z całą pewnością nieprawidłowość w ofercie PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec nie stanowi oczywistej omyłki pisarskiej, co wyłącza możliwość zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.
W SWZ nie podano prawidłowych stawek VAT, zatem możliwość dokonania poprawy w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp również jest wykluczona. Inna omyłka powodująca niezgodność oferty z SWZ może mieć miejsce jedynie wtedy, gdy zamawiający wskazał w SWZ stawkę VAT, która powinna być zastosowana, a wykonawca w ofercie przyjął inną i możliwe jest wykazanie, że było to wynikiem omyłki (tak Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 października 2011 r., III CZP 52/11). Dodatkowo, nie została spełniona przesłanka istotności zmiany oferty. W wyniku poprawienia ceny dochodziłoby do istotnej zmiany oferty, co jest działaniem niedopuszczalnym.
W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego 1, oferta PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec zawiera błąd w obliczeniu ceny (nieistniejąca stawka podatku VAT), co jest

równoznaczne z koniecznością jej odrzucenia w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Zamawiający nie mógł dokonać poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie, złożonej przez PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec, gdyż nie zaistniały ku temu przesłanki.
Odwołujący 1 powołał się na wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2020 r., KIO 1313/20.
W odniesieniu do zarzutu nr 3, Odwołujący 1 wskazał, że Zamawiający w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wymagał, dla potwierdzenia spełnienia warunku, wykazania, iż wykonawca wykonał należycie, w okresie ostatnich pięciu (5) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwie (2) umowy na roboty budowlane, w rozumieniu ustawy Prawo budowlane (art. 3 pkt. 7), z których każda (odrębnie) spełnia łącznie niniejsze warunki:- budowa budynku lub zespołu budynków w standardzie „deweloperskim" lub „pod klucz" i powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 2000 m2 oraz wartości robót budowlanych w zakresie umowy co najmniej 8.000.000 zł brutto (słownie: osiem milionów złotych brutto) dla którego (a w przypadku zespołu budynków – dla których) uzyskano pozwolenie na użytkowanie (pkt 8.I.1 lit. a SWZ w zw. z pkt 10.II.1.2.1.1. SWZ).
Odwołujący 1 wskazał, że PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec oświadczyła w JEDZ, że powyższy warunek udziału w postępowania spełnia poprzez poleganie na zasobach podmiotu trzeciego. Do oferty załączono zobowiązanie do udostępnienia zasobów w zakresie powyższego warunku udziału w postępowaniu, podpisane w dniu 24 września 2021 r. przez Jabłonowską Spółkę Budowlaną spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.
Dowód: SWZ (w aktach sprawy); formularz ofertowy PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec (w aktach sprawy); zobowiązanie Jabłonowskiej Spółki Budowlanej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (w aktach sprawy); wszystkie dowody na okoliczność korzystania przez PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec z zasobów podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu
Odwołujący 1 wskazał, że w dniu 18 października 2021 r. Zamawiający wezwał PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec do wyjaśnienia szczegółowych zasad udostępnienia zasobów, tj. w szczególności, jakie konkretnie prace w ramach podwykonawstwa zrealizuje Jabłonowska Spółka Budowlana spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. W odpowiedzi na to wezwanie PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec nie wyjaśniła wątpliwości Zamawiającego. W piśmie z dnia 21 października 2021 r. PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec wskazała jedynie, że podmiot udostępniający zasoby będzie uczestniczył w realizacji zamówienia i wykona te części robót budowlanych, których wykonanie wymaga wiedzy i doświadczenia opisanego w ww. warunku udziału i jest niezbędne dla realnego wykorzystania potencjału udostępnionego nam przez ten podmiot.
Dowód: SWZ (w aktach sprawy); wezwanie Zamawiającego z dnia 18 października 2021 r. do złożenia wyjaśnień, odpowiedź PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec z dnia 21 października 2021 r. na wezwanie do złożenia wyjaśnień (w aktach sprawy); zobowiązanie Jabłonowskiej Spółki Budowlanej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością do udostępnienia zasobów (w aktach sprawy), wszystkie dowody na okoliczność korzystania przez PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec z zasobów podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, na okoliczność braku możliwości korzystania z zasobów podmiotu trzeciego przez PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec
Zamawiający w dniu 25 października 2021 r. w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp wezwał PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec do złożenia m.in.:

- •wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej i zawodowej (pkt 8.I.1 lit. a SWZ w zw. z pkt 10.II.1.2.1.1. SWZ);
- •dowodów określających czy roboty budowlane ujęte w powyższym wykazie, zostały wykonane należycie (pkt 8.I.1 lit. a SWZ w zw. z pkt 10.II.1.2.1.1. SWZ);

W odpowiedzi na to wezwanie PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec, wraz z pismem z dnia 10 listopada 2021 r. złożyła wykaz wykonanych robót wraz z referencjami. W wykazie wykonanych robót umieszczono inwestycje zrealizowane przez Jabłonowską Spółkę Budowlaną spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.
Dowód: SWZ, wezwanie z dnia 25 października 2021 r. w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp (w aktach sprawy), odpowiedź PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec z dnia 10 listopada 2021 r. na wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, (w aktach sprawy), wykaz wykonanych robót i referencje, złożone przez PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec (w aktach sprawy), wszystkie dowody na okoliczność wezwania PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec do złożenia wykazu wykonanych robót wraz z referencjami oraz braku złożenia wymaganych dokumentów, na okoliczność braku możliwości korzystania z zasobów podmiotu trzeciego przez PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec
W ocenie Odwołującego 1, w świetle zaistniałych okoliczności, zasadny jest zarzut, że PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec nie wykazała spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie w wykonaniu robót budowlanych), a to z tego względu, że podmiot udostępniający zasoby (tj. Jabłonowska Spółka Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością) zobowiązał się wyłącznie do wykonania bliżej niesprecyzowanej części robót budowlanych, podczas gdy zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 119 ustawy Pzp, Jabłonowska Spółka Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością powinna się zobowiązać do zrealizowania całości robót budowlanych, objętych zakresem rzeczowym zamówienia. PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec w całości powołała się na korzystanie z zasobów Jabłonowskiej Spółki Budowlanej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.
Zobowiązanie do wykonania jedynie części zamówienia, gdy wykonawca powoływał się na doświadczenie w zakresie całości nie może być bowiem uznane za wystarczające. Ocena taka znajduje potwierdzenie w ugruntowanej linii orzeczniczej KIO – por. wyrok KIO z dnia 1 lutego 2021 r., KIO 3545/20.
Warunek udziału w postępowaniu został sformułowany jednoznacznie, a PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec nie zabiegała o jego zmianę poprzez dopuszczenie o uznanie doświadczenia w wykonaniu innych robót, które potwierdzałyby posiadanie wystarczającego doświadczenia dla zagwarantowania prawidłowej realizacji zamówienia. Wymaganie wykazania się prawidłowym wykonaniem dwóch budów ma na celu zapewnienie, że zamówienie zostanie udzielone podmiotowi posiadającemu wymagane doświadczenie w konkretnym rodzaju robót - nie budzi wątpliwości, że dwukrotne prawidłowe wykonanie jakiegoś typu pracy daje większą rękojmię wiedzy i doświadczenia niż jednokrotne.
Dyspozycja art. 118 ust. 2 ustawy Pzp znalazła zresztą odbicie w SWZ, gdzie Zamawiający zawarł postanowienie 8.II.3.3.6 SWZ, zgodnie z którym „w odniesieniu do warunku opisanego w części I punkt 1 lit. a wykonawcy mogą polegać na zdolnościach tego z wykonawców, który wykaże spełnianie w/w warunku, z zastrzeżeniem, że wykonawca ten wykona roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane".
W ocenie Odwołującego 1 zarówno treść zobowiązania do udostępnienia zasobów, jak i treść wyjaśnień PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec z dnia 21 października 2021 r. nie potwierdzają realności udostępnienia zasobów, ani spełnienia wymagań z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp (tj. że Jabłonowska Spółka Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością zrealizuje roboty budowlane, do których zdolności te są wymagane). W obu powyższych dokumentach mowa jest bowiem o zrealizowaniu części robót budowlanych, podczas gdy Jabłonowska Spółka Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością winna – jako podmiot udostępniający zasoby – zrealizować całość robót budowlanych. W związku z czym PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec nie może polegać na zasobach Jabłonowskiej Spółki Budowlanej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i nie wykazała spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
Stosownie do art. 119 ustawy Pzp, Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.
Dodatkowo Odwołujący 1 wskazał, że sformułowanie, którym posługuje się PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec w ofercie i w wyjaśnieniach z dnia 21 października 2021 r. tj. że Jabłonowska Spółka Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością „wykona część robót budowlanych" równie dobrze może oznaczać „50 % zakresu rzeczowego", jak i np. „0,05 % zakresu rzeczowego". PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec nie wskazała, mimo żądania Zamawiającego, jaki konkretnie zakres zrealizuje podmiot udostępniający zasoby i w jakim wymiarze. Tym samym, uniemożliwiono Zamawiającemu weryfikację zakresu polegania na zasobach podmiotu trzeciego, a w konsekwencji prawa do powołania się na zasoby podmiotu trzeciego. Co więcej, podany przez PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec zakres prac – tj. Jabłonowska Spółka Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wykona część robót budowlanych, uniemożliwia Zamawiającemu w przyszłości wyegzekwowanie ewentualnej kary umownej przewidzianej we wzorze umowy w § 17 ust. 2 lit. a tiret czternaste. W tym postanowieniu umownym zastrzeżono karę umowną w wysokości 5.000,00 zł dziennie za realizację robót lub usług samodzielnie przez Wykonawcę, w przypadku gdy w postępowaniu Wykonawca powoływał się na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych, na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 oraz ust. 2 Ustawy PZP, w odniesieniu do robót lub usług, do których doświadczenie i wiedza podmiotu trzeciego są wymagane lub co do których podmiot trzeci zaświadczył o ich realizacji na rzecz Wykonawcy. Kara umowna naliczana będzie za każdy dzień realizacji wskazanych powyżej robót bez udziału podmiotu trzeciego.
Dowód: SWZ (w aktach sprawy); Wzór umowy, stanowiący załącznik nr 5 do SWZ (w aktach sprawy); na okoliczność zastrzeżenia kary umownej za samodzielną realizację prac przez wykonawcę, które to prace winny zostać zlecone podmiotowi udostępniającemu zasoby.
W ocenie Odwołującego 1 jest to działanie celowe, aby zminimalizować udział Jabłonowskiej Spółki Budowlanej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w realizacji robót budowlanych oraz wyłączyć odpowiedzialność PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul.
Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec za samodzielne zrealizowanie robót. Świadczy to o tym, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów, złożone przez Jabłonowską Spółkę Budowlaną Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz poleganie na tych zasobach przez PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec, ma charakter pozorny. Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lipca 2017 r., KIO 1222/17, KIO 1224/17 „(...) nieadekwatne powołanie się na podwykonawstwo w stosunku do prac, do których odnosi się warunek (powołanie się w zbyt niewielkim zakresie) świadczy o braku realnego powołania się na zasoby podmiotu trzeciego - będzie to obejście wymogu podwykonawstwa zawartego w art. 22a ust 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Skoro treść zobowiązania nie potwierdza, że PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec rzeczywiście dysponuje zasobami podmiotu trzeciego (Jabłonowska Spółka Budowlana spółka z ograniczoną odpowiedzialnością) w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia, należy ocenić, że warunek udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej i zawodowej (doświadczenie w realizacji robót) nie został wykazany. PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec nie powołało się skutecznie na zasoby Jabłonowskiej Spółki Budowlanej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.
W związku z powyższym, Zamawiający powinien był odrzucić ofertę PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec w oparciu o art. 226 ust. 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 2 lit. c ustawy Pzp.
Z powodu braku możliwości polegania na zasobach, PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec nie wykazała spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt 8.I.1 lit. a SWZ tj. Wykonawca ma wykazać, że wykonał należycie, w okresie ostatnich pięciu (5) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwie (2) umowy na roboty budowlane, w rozumieniu ustawy Prawo budowlane (art.3 pkt. 7), z których każda (odrębnie) spełnia łącznie niniejsze warunki: - budowa budynku lub zespołu budynków w standardzie „deweloperskim" lub „pod klucz" i powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 2000m2 oraz wartości robót budowlanych w zakresie umowy co najmniej 8.000.000 zł brutto (słownie: osiem milionów złotych brutto) dla którego (a w przypadku zespołu budynków – dla których) uzyskano pozwolenie na użytkowanie.

Nadto Odwołujący 1 wskazał, że PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a 41208 Sosnowiec nie przedłożyła podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego spełnienie powyższego warunku udziału w postępowaniu. PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec nie wskazała na samodzielnie spełnienie tego warunku udziału w postępowaniu, a na zasobach Jabłonowskiej Spółki Budowlanej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością nie może polegać. Zamawiający jednak nie odrzucił oferty PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec, naruszając w ten sposób przepisy ustawy Pzp.
Niezależnie od powyższego, Odwołujący 1 wskazał, że Zamawiający w odniesieniu do sytuacji finansowej i ekonomicznej postawił warunek udziału w postępowaniu w postaci posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia co najmniej 3.000.000,00 zł (słownie: trzy miliony złotych) – pkt 8.I.2.d SWZ.
Odwołujący 1 wskazał, że na potwierdzenie spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu należało przedłożyć dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia co najmniej 3.000.000,00 zł (słownie: trzy miliony złotych) – pkt 10.II.1.2.5.1 SWZ. Realizacja robót budowlanych ma się odbyć w systemie zaprojektuj i wybuduj. PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec oświadczyła w JEDZ, że samodzielnie spełnia ten warunek udziału w postępowania.
Dowód: formularz ofertowy PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec (w aktach sprawy) na okoliczność oświadczenia o samodzielnym spełnieniu warunku udziału w postępowaniu przez PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41208 Sosnowiec.
Odwołujący 1 wskazał, że wykonawcy, w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, zobowiązani byli do wykazania posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, który stanowi wykonanie dokumentacji projektowej oraz robót budowlanych. Tym samym ubezpieczenie OC powinno odnosić się do realizacji przez wykonawcę prac projektowych i robót budowlanych. Oznacza to, że posiadanie ubezpieczenia wyłącznie w zakresie budownictwa ogólnego, działalności deweloperskiej i wynajmu nieruchomości nie może spełniać wymagań postawionych przez zamawiającego dla niniejszego postępowania. Celem przedłożenia polisy jest sprawdzenie zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy pod kątem zdolności poniesienia określonych kosztów w celu uzyskania ubezpieczenia, a także zdolności wykonawcy do ubezpieczenia własnej działalności na żądaną przez zamawiającego sumę i możliwości uzyskania ubezpieczenia (ubezpieczyciel weryfikuje w takich sytuacjach dany podmiot zamierzający zawrzeć umowę ubezpieczenia pod względem jego wiarygodności, uczciwości gospodarczej oraz możliwości zapłaty składek (tak: wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 lipca 2011 r., X Ga 213/11).
Odwołujący 1 wskazał, że Zamawiający w dniu 25 października 2021 r. w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp wezwał PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec do złożenia dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia co najmniej 3.000.000,00 zł (słownie: trzy miliony złotych). W odpowiedzi na to wezwanie PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec, wraz z pismem z dnia 10 listopada 2021 r. złożyła polisę OC nr 913600001138 na kwotę 20.000.000,00 zł, wystawioną przez TUiR Warta SA przy czym przedmiotem ubezpieczenia jest budownictwo ogólne, działalność deweloperska oraz posiadanie i wynajem nieruchomości. Przedmiotem polisy OC nr 913600001138 nie były jednakże prace projektowe, które również są do zrealizowania w ramach zamówienia.
Dowód: SWZ (w aktach sprawy), wezwanie z dnia 25 października 2021 r. w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp (w aktach sprawy), odpowiedź PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec z dnia 10 listopada 2021 r. (w aktach sprawy), polisa OC nr 913600001138 na kwotę 20.000.000,00 zł, wystawiona przez TUiR Warta SA (w aktach sprawy); wszystkie dowody na okoliczność wezwania PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec do złożenia dokumentu potwierdzającego posiadanie ubezpieczenia OC oraz braku złożenia wymaganego dokumentu przez PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec.
Odwołujący 1 wskazał, że PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec prace projektowe zamierza zlecić podwykonawcy (zgodnie z oświadczeniem na formularzu ofertowym PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec)Dowód: formularz ofertowy PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec (w aktach sprawy) na okoliczność zamiaru powierzenia prac projektowych podwykonawcy.
Polisa OC, obejmująca prace projektowe, byłaby z pewnością droższa. Co więcej, w ocenie Odwołującego 1, PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec mogłoby takiej polisy OC w ogóle nie uzyskać (stąd posługiwanie się podwykonawstwem w zakresie prac projektowych).
Powyższe oznacza, zdaniem Odwołującego 1, że PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec nie przedstawiła dokumentu potwierdzającego, że jest ubezpieczona od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia co najmniej 3.000.000,00 zł (słownie: trzy miliony złotych) – pkt 10.II.1.2.5.1 SWZ, albowiem polisa OC nr 913600001138, wystawiona przez TUiR Warta S.A., nie obejmuje prac projektowych. PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec nie jest zatem ubezpieczona w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Przedmiot zamówienia obejmuje tak prace projektowe, jak i roboty budowlane. Skutkuje to tym, że PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41208 Sosnowiec nie spełnia warunku udziału w postępowania, a rzeczona polisa nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego 1, Zamawiający powinien był odrzucić ofertę PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec w oparciu o art. 226 ust. 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 2 lit. c ustawy Pzp.
PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec nie wykazała posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia co najmniej 3.000.000,00 zł (słownie: trzy miliony złotych). Nadto PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec nie przedłożyła podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego spełnienie powyższego warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający jednak

nie odrzucił oferty PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec, naruszając w ten sposób przepisy ustawy Pzp.
Odnosząc się do zarzut nr 4, Odwołujący 1 wskazał, że zgodnie z wymaganiami pkt 10.II.1.2.3.1. SWZ w zw. z pkt 8.I.2 lit. a lit. c SWZ, Zamawiający zażądał, aby wraz ze sprawozdaniem finansowym przedłożyć także sprawozdanie biegłego rewidenta z badania sprawozdania finansowego, jeśli istniał obowiązek badania sprawozdania finansowego przez biegłego rewidenta. Zamawiający w dniu 25 października 2021 r. w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp wezwał PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec do złożenia sprawozdań finansowych wraz ze sprawozdaniem z badania sprawozdania finansowego, jeśli istniał obowiązek badania sprawozdania finansowego przez biegłego rewidenta. W odpowiedzi na to wezwanie PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec, wraz z pismem z dnia 10 listopada 2021 r. złożyła sprawozdanie finansowe za rok 2018, rok 2019 i rok 2020. Odwołujący 1 wskazał, że za 2020 r. PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec miała obowiązek poddać sprawozdanie finansowe badaniu przez biegłego rewidenta.
Dowód: SWZ (w aktach sprawy), wezwanie z dnia 25 października 2021 r. w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp (w aktach sprawy), odpowiedź PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec z dnia 10 listopada 2021 r. (w aktach sprawy); wszystkie dowody na okoliczność wezwania PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec do złożenia sprawozdania z badania biegłego rewidenta oraz braku złożenia wymaganego dokumentu przez PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec.
Odwołujący 1 wskazał, że stosownie do art. 64 ust. 1 pkt 4 ustawy o rachunkowości badaniu podlegają roczne skonsolidowane sprawozdania finansowe grup kapitałowych oraz roczne sprawozdania finansowe – kontynuujących działalność pozostałych jednostek, które w poprzedzającym roku obrotowym, za który sporządzono sprawozdania finansowe, spełniły co najmniej dwa z następujących warunków: a) średnioroczne zatrudnienie w przeliczeniu na pełne etaty wyniosło co najmniej 50 osób, b) suma aktywów bilansu na koniec roku obrotowego stanowiła równowartość w walucie polskiej co najmniej 2 500 000 euro, c) przychody netto ze sprzedaży towarów i produktów oraz operacji finansowych za rok obrotowy stanowiły równowartość w walucie polskiej co najmniej 5 000 000 euro.
Odwołujący 1 wskazał, że w sprawozdaniu finansowym PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec za 2019 r. i za 2020 r. suma aktywów bilansu na koniec roku obrotowego przekroczyła równowartość 2.500.000,00 Euro, natomiast przychody netto ze sprzedaży towarów i produktów oraz operacji finansowych przekroczyły równowartość 5.000.000,00 Euro. Oznacza to, że zostały spełnione co najmniej 2 przesłanki, które zaktualizowały obowiązek zbadania sprawozdania finansowego PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec za 2020 przez biegłego rewidenta. W konsekwencji, PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec na wezwanie Zamawiającego powinna złożyć nie tylko sprawozdanie finansowe za rok 2020, lecz również sprawozdanie biegłego rewidenta z badania tegoż sprawozdania finansowego. PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec nie złożyła jednak sprawozdanie biegłego rewidenta z badania sprawozdania finansowego za 2020 r., mimo że istniał taki obowiązek.
W związku z powyższym, Zamawiający powinien z tego powodu odrzucić ofertę PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec w oparciu o art. 226 ust. 2 lit. c ustawy Pzp tj. z uwagi na brak złożenia wymaganego przez SWZ podmiotowego środka dowodowego, zgodnie z wymaganiami pkt 10.II.1.2.3.1. SWZ w zw. z pkt 8.I.2 lit. a- lit. c SWZ. Zamawiający jednak tego nie uczynił, naruszając w ten sposób przepisy ustawy Pzp.
Jedynie na marginesie dodać trzeba, że PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec nie wskazała w JEDZ, czy i pod jakim adresem internetowym Zamawiający może samodzielnie pobrać sprawozdanie z badania biegłego rewidenta.
Zarzut ad. 5
Odwołujący 1 wskazał, z ostrożności procesowej, na wypadek uznania, że zarzuty nr 1, nr 2, nr 3 i nr 4 nie zasługują na uwzględnienie (tj. że oferta Odwołującego 1 nie podlega odrzuceniu), odwołujący podnosi, że Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp powinien był wezwać PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec do złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych:

- wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej i zawodowej (pkt 8.I.1 lit. a SWZ w zw. z pkt 10.II.1.2.1.1. SWZ);
- dowodów określających czy roboty budowlane ujęte w powyższym wykazie, zostały wykonane należycie (pkt 8.I.1 lit. a SWZ w zw. z pkt 10.II.1.2.1.1. SWZ);
- dokumentu potwierdzającego, że PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia co najmniej 3.000.000,00 zł (pkt 8.I.2 lit. d SWZ w zw. z pkt 10.II.1.2.5.1. SWZ);
- sprawozdania biegłego rewidenta z badania sprawozdania finansowego PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec za rok 2020 (pkt 10.II.1.2.3.1. SWZ w zw. z pkt 8.I.2 lit. a- lit. c SWZ).

Odwołujący 1 wskazał, że ustawodawca użył w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp – określając sytuację, gdy m.in. podmiotowe środki dowodowe dotknięte są nieprawidłowościami (np. nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu) wyrazu „wzywa", co oznacza, że zamawiający ma obowiązek wezwać co do zasady wykonawcę do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia. Z obowiązku wezwania zwalnia zamawiającego jedynie sytuacja, w której oferta wykonawcy podlegałaby odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.
W kwestii konieczności:
a)uzupełnienia wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej i zawodowej (pkt 8.I.1 lit. a SWZ w

zw. z pkt 10.II.1.2.1.1. SWZ)
b)uzupełnienia dowodów określających czy roboty budowlane ujęte w powyższym wykazie, zostały wykonane należycie (pkt 8.I.1 lit. a SWZ w zw. z pkt 10.II.1.2.1.1. SWZ); c) uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że PBO ŚLĄSK spółk z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia co najmniej 3.000.000,00 zł (pkt 8.I.2 lit. d SWZ w zw. z pkt 10.II.1.2.5.1. SWZ)
Odwołujący 1 wskazał w uzasadnieniu zarzutu nr 3, dlaczego dotychczasowe dokumenty (tj. wykaz robót budowlanych, referencje i polisa OC), złożone przez PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a co za tym idzie powinny zostać przedłożone ponownie.
W kwestii konieczności:
d) uzupełnienia sprawozdania biegłego rewidenta z badania sprawozdania finansowego PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41208 Sosnowiec za rok 2020 (pkt 10.II.1.2.3.1. SWZ w zw. z pkt 8.I.2 lit. a) lit. c SWZ);.
Odwołujący 1 wskazał w uzasadnieniu zarzutu nr 4, dlaczego Zamawiający powinien był wezwać do jego złożenia.
Mimo że zaszły przesłanki do wezwania PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec, Zamawiający zaniechał wykonania tej czynności. Zatem, w ocenie Odwołującego 1, zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp jest zatem uzasadniony.
Odnosząc się do zarzut nr 6, Odwołujący 1 wskazał, że Zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów żądanych przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych. Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec, mimo że została złożona przez wykonawcę niezdolnego do realizacji zamówienia, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nadto złożył ofertę, która winna zostać odrzucona.
W następstwie zaniechania odrzucenia oferty PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec, Zamawiający nie dokonał wyboru oferty odwołującego.Tymczasem, to oferta odwołującego w rzeczywistości była najkorzystniejszą w rozumieniu art. 239 ustawy Pzp i to ona winna zostać wybrana po odrzuceniu oferty PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec. Wskazać bowiem trzeba, że oferta odwołującego, gdyby odrzucono ofertę PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec, to otrzymałaby 100 pkt w świetle kryteriów oceny ofert, przyjętych przez Zamawiającego. Zawierała bowiem najniższą cenę spośród wszystkich ofert, niepodlegających odrzuceniu. Oferta PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41208 Sosnowiec w ogóle nie powinna zostać oceniona w rankingu Zamawiającego, a już zwłaszcza zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Dowód: SWZ (w aktach sprawy); formularz ofertowy odwołującego (w aktach sprawy), wszystkie dowody na okoliczność, iż oferta odwołującego była rzeczywiście najkorzystniejsza w postępowaniu
Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego 1, zarzut naruszenia art. 239 w zw. z art. 253 ustawy Pzp jest zatem uzasadniony.
Odnosząc się do zarzut nr 7, Odwołujący 1 wskazał, że Zamawiający naruszył również art. 16 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający zasadę proporcjonalności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się zwłaszcza w bezpodstawnym zaniechaniu odrzuceniu oferty PBO ŚLĄSK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Wojska Polskiego 136a, 41-208 Sosnowiec oraz zaniechaniu dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Sygn. akt: KIO 3538/21

W dniu 6 grudnia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowlanego Dombud S.A. (dalej „Odwołujący 2") zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy PBO Śląsk Sp. z o.o., mimo że zawiera błędy w obliczeniu ceny polegające na opodatkowaniu rozbiórki istniejącego budynku stawką 8 % VAT, zamiast zastosowania 23 % VAT na tę część inwestycji;
2)ewentualnie poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy PBO ŚLĄSK Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust 1 pkt 10 PZP, mimo że powyższa oferta zawierała błąd w obliczeniu ceny – tj. zastosowano w niej nieistniejącą stawkę podatku VAT w wynagrodzeniu za rozbiórkę istniejącego budynku, a co z tym idzie w wynagrodzeniu za realizację całości zamówienia - w związku z naruszeniem art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie czynności poprawienia w ofercie Wykonawcy PBO ŚLĄSK Sp. z o.o. błędu w obliczeniu ceny – tj. wysokości wynagrodzenia brutto za Rozbiórkę istniejącego budynku z nieistniejącą stawką podatku VAT, mimo braku przesłanek do dokonania takiej poprawki (oferta zawierała błąd w obliczeniu ceny i nie można było tego błędu potraktować jako oczywistej omyłki rachunkowej);
3)art. 223 ust. 1 PZP - przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień dotyczących treści oferty PBO Śląsk Sp. z o.o. w zakresie przyjętej stawki podatku VAT „Rozbiórki istniejącego budynku";
4)art. 255 pkt 3 PZP przez zaniechanie unieważnienia postępowania wobec faktu, że cena najkorzystniejszej oferty lub oferty z najniższą ceną przewyższa kwotę 50 019 410,66 zł, którą Zamawiający, zgodnie z przekazaną Informacją z otwarcia ofert, zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
5)w konsekwencji - art. 16 ust. 1 pkt 1) i art. 17 ust 2 PZP – poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty PBO Śląsk Sp. z o.o., mimo, że oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu, co narusza zasadę prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie przepisów Ustawy.

W związku z powyższym Odwołujący 2 wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty Wykonawcy PBO Śląsk Sp. z o.o. z postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia unieważnienie postępowania, ze względu na to, że cena najkorzystniejszej oferty lub oferty z najniższą ceną (niepodlegająca odrzuceniu) przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.
W uzasadnieniu zarzutów, Odwołujący 2 wskazał, że w dniu 24 listopada 2021 r. Zamawiający – Katowickie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. - poinformował Odwołującego 2 owyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia na „Zaprojektowanie i wybudowanie budynku mieszkalnego wielorodzinnego z

garażem podziemnym i częścią usługową w parterze (żłobek), na I piętrze (biura Dyrekcji Miejskiej Biblioteki Publicznej) wraz z zagospodarowaniem terenu i pracami towarzyszącymi w tym rozbiórką budynku biurowego typu Lipsk"; Załącznik nr 4: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy PBO Śląsk Sp. z o.o. (dalej: wybrany Wykonawca). Odwołujący 2 wskazał, że Zamawiający w uzasadnieniu swojego wyboru stwierdził, że wybrany Wykonawca uzyskał najwyższą ilość punktów w niniejszym postępowaniu i spełnia warunki wymagane przez Zamawiającego określone w SWZ.
Odwołujący 2 wskazał, że w postępowaniu złożono cztery oferty, z czego cena tylko jednej oferty mieściła się w kwocie, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (50 019 410,66 zł), tj. cena oferty PBO Śląsk Sp. z o.o. (48 838 000,00 zł). Do formularza ofertowego każdy z wykonawców załączał Formularz Cenowy, przygotowany wg wzoru z załącznika nr 8 do SWZ. W Formularzu Cenowym przedmiot zamówienia podzielono na 3 części – elementy realizacji inwestycji, które miały być osobno wycenione z podziałem na koszt netto i koszt brutto w tabeli formularza. Jedną z tych 3 wydzielonych cenowo części była „Rozbiórka istniejącego budynku". Załącznik nr 5, Załącznik nr 9 do SWZ (Formularz Cenowy)
Odwołujący 2 wskazał, że z przedłożonych przez wszystkich oferentów Formularzy Cenowych wynika, że obliczenia ceny części pn. „Rozbiórka istniejącego budynku" zostały zastosowane różne stawki podatku VAT, tj. dwóch oferentów zastosowało stawkę 23% (Odwołujący i Budmex Sp. z o.o.), a pozostałych dwóch oferentów zastosowało stawkę 8% (wybrany Wykonawca i RISER Sp. z o.o.). Załącznik nr 6:
Formularz cenowy do oferty PBO Śląsk Sp. z o.o. Załącznik nr 7: Formularz cenowy do oferty RISER Sp. z o.o. Załącznik nr 8: Formularz cenowy do oferty Budmex Sp. z o.o., Załącznik nr 9: Formularz cenowy do oferty P.B. „DOMBUD" S.A.
Zamawiający nie weryfikował prawidłowości zastosowanych różnych stawek podatku VAT do ww. Rozbiórki istniejącego budynku. Zawiadomił jedynie Wybranego wykonawcę o poprawieniu w ofercie oczywistej omyłki rachunkowej - na podstawie art. 233 ust. 2 pkt 2 PZP – tj. o poprawieniu w Formularzu cenowym w pozycji „Rozbiórka istniejącego budynku" koszt brutto - z wpisanej omyłkowo kwoty 970 000,00 zł na kwotę 972 000,00 zł oraz o konsekwencjach rachunkowych dokonanych poprawek. Załącznik nr 10: Zawiadomienie z dnia 18.10.2021 r.

W ocenie Odwołującego 2, z powyższego wynika, że Zamawiający dopuścił do konkurowania nieporównywalne oferty – w których zastosowano różne stawki podatku VAT do tego samego elementu tj. Rozbiórki istniejącego budynku, co przedstawiamy w załączonym Zestawieniu cen na Rozbiórkę istniejącego budynku z wszystkich ofert - ze wskazaniem zastosowania różnych stawek VAT dla Rozbiórki budynku. Załącznik nr 11: Zestawienie cen na Rozbiórkę istniejącego budynku
Ponadto, w ocenie Odwołującego 2, z powyższego wynika, że Zamawiający uznał za prawidłową, zastosowaną przez wybranego Wykonawcę, stawkę 8% VAT na Rozbiórkę, skoro poprawił omyłkę rachunkową wybranego Wykonawcy w tym zakresie (kwota 972 000,00 zł zamiast omyłkowej 970 000,00 zł), doprowadzając kwotę podatku do poziomu 8% (z 7,78%). Zamawiający, nie uzasadnił motywów swojego stanowiska co do zastosowanych stawek podatku VAT, ani ich prawidłowości. Nie wezwał Wybranego Wykonawcy do wyjaśnień treści oferty, w szczególności w kontekście prawidłowości zastosowania stawki podatku VAT do ceny „Rozbiórki istniejącego budynku", (zastosowano stawkę VAT 8% zamiast 23%). W konsekwencji Zamawiający nie zweryfikował ww. błędnych założeń w treści oferty wybranego, które powinny być podstawą odrzucenia oferty Odwołującego.
Odwołujący 2 wskazał, że nie zgadza się z powyższym rozstrzygnięciem Zamawiającego. Z analizy dokumentów postępowania wynika, że wybrany został Wykonawca podlegający odrzuceniu ze względu na błąd w obliczeniu ceny na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP – zastosowanie błędnej stawki podatku VAT 8 % na część zamówienia w postaci „Rozbiórki istniejącego budynku".
Odwołujący 2 wskazał, że w pkt 16.I.4. SWZ Zamawiający wymagał: „Wykonawca poda w Formularzu Ofertowym oraz Formularzu Cenowym 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)".W Formularzu Cenowym Zamawiający zastrzegł: „Formularz Cenowy stanowi treść oferty i nie może zostać uzupełniony lub poprawiony po terminie składania ofert".
Zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, podstawowa stawka podatku VAT, na podstawie art. 41 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług, wynosi 22%, z zastrzeżeniem ust. 2-12c, art. 83, art. 119 ust. 7, art. 120 ust. 2 i 3, art. 122 i art. 129 ust. 1. W świetle art. 146aa ust. 1 pkt 1 ustawy, w okresie od dnia 1 stycznia 2019 r. do końca roku następującego po roku, dla którego wartość relacji, o której mowa w art. 38a pkt 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, jest nie większa niż 43% oraz wartość, o której mowa w art. 112aa ust. 5 tej ustawy, jest nie mniejsza niż -6% stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 1 i 13, art. 109 ust. 2 i art. 110, wynosi 23%. W treści ustawy jak i w przepisach wykonawczych do niej ustawodawca przewidział zwolnienia od podatku oraz obniżone stawki podatku VAT. I tak, zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy, dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stawka podatku wynosi 7%, z zastrzeżeniem art. 114 ust. 1 i art. 138i ust. 4. Stawkę stosuje się również na podstawie art. 41 ust. 12 ustawy. Przy czym, na podstawie art. 146aa ust. 1 pkt 2 ustawy, w okresie od dnia 1 stycznia 2019 r. do końca roku następującego po roku, dla którego wartość relacji, o której mowa w art. 38a pkt 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, jest nie większa niż 43% oraz wartość, o której mowa w art. 112aa ust. 5 tej ustawy, jest nie mniejsza niż - 6% 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%.
Odwołujący 2 wskazał, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie wskazał w SWZ prawidłowych stawek podatku VAT niezbędnych do przyjęcia przez wykonawców w kalkulowanych cenach ofertowych. Powyższe oznacza, że w tym postępowaniu to wykonawcy zobowiązani byli do ustalenia i przyjęcia prawidłowych stawek podatku VAT. W takim przypadku przyjęcie przez wykonawcę błędnej stawki podatku skutkować powinno odrzuceniem oferty z uwagi na błąd w obliczeniu ceny lub kosztu. Natomiast Zamawiający jako podmiot prowadzący postępowanie jest zobowiązany do zweryfikowania, czy poszczególni wykonawcy przyjęli prawidłowe stawki podatku.
Odwołujący 2 wskazał, że zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 10) 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 SWZ, zatem wymagał samodzielnego

zastosowania przez wykonawcę obowiązujących przepisów w tym zakresie. Taki tok postępowania wskazany został w uchwale Sądu Najwyższego z 20.10.2011 r., sygn. akt : „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 uchwały Sąd Najwyższy 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 ZamPublU, 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 VAT, 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".

Odwołujący 2 wskazał, że z decyzji Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty w niniejszym postępowaniu, wynika, że uznał on za prawidłowe zastosowanie do rozbiórki istniejącego budynku obniżonej stawki VAT (8%) zamiast stawki podstawowej (23%), zatem Zamawiający dokonując wyboru oferty Wykonawcy de facto przyjął, że rozbiórka istniejącego obiektu, objęta przedmiotem niniejszego zamówienia, jest świadczeniem kompleksowym, kwalifikującym się do objęcia obniżoną stawką podatku VAT 8%. Taki wniosek Zamawiającego jest jednak nieuprawniony w okolicznościach niniejszej sprawy. Zdaniem Odwołującego 2, całkowicie nieuprawnione jest traktowanie, jako elementu świadczenia kompleksowego w ramach budowy, wykonania rozbiórki istniejącego budynku, na którą zostało wydana odrębna decyzja o rozbiórce, tak jak to było w tym przypadku (Decyzja RBDEC-0808/2018 Prezydenta Miasta Katowice z dnia 24.072018 r. obejmująca rozbiórkę budynku biurowego typu „Lipsk" przy ul. Kossutha 7 w Katowicach).

Jak wynika z dokumentacji przetargowej, rozbiórka, którą przewidziano do wykonania w ramach tego zamówienia, to roboty budowlane rozumiane jako rozbiórka obiektu budowlanego w rozumieniu Prawa budowlanego, na które wydano odpowiednie pozwolenie na rozbiórkę - decyzję administracyjną obejmującą ten wyodrębniony zakres robót. Prace rozbiórkowe stanowią tu więc ewidentnie samodzielną część przedmiotu zamówienia, możliwą do odrębnego wykonania przez jakikolwiek inny podmiot, która w związku z powyższym nie kwalifikuje się do zaliczenia jej do tzw. usługi kompleksowej i rozszerzenia na nią obniżonej stawki podatkowej. Załącznik nr 12 Decyzja RBDEC-0808/2018 Prezydenta Miasta Katowice z dnia 24.072018 r.

Odwołujący 2 wskazał, że analogiczna sytuacja, dotycząca problemu opodatkowania rozbiórki, była rozstrzygana w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 lutego 2019 r., sygn. KIO/KD 4/19, gdzie mowa jest również o rozbiórce istniejącego obiektu budowlanego, na którą wydane zostało odrębne pozwolenie na rozbiórkę. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż czynność oceny oferty wybranej naruszała przepisy PZP w ten sposób, iż Zamawiający zaniechał odrzucenia tej oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny, tj. uwzględniającej nieprawidłową stawkę podatku VAT 8 % dla robót rozbiórkowych i wyburzeniowych. Prezes UZP w wyniku przeprowadzonej kontroli stwierdził tam naruszenie m.in.w zw. z PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, która zawierała nieprawidłową stawkę podatku VAT w zakresie wyburzenia i rozbiórki istniejącej zabudowy. W opinii Prezesa UZP w takiej sytuacji nie było możliwe dokonanie porównania ofert, których ceny zostały wyliczone w różny sposób, co czyni nieprawidłowymi czynność oceny ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej (por. uchwała SN z 20.10.2011 r., sygn. akt .

Obniżona stawka 8 % przewidziana w ustawy o VAT nie znajduje zastosowania do czynności dokonania rozbiórki istniejącej na nieruchomości zabudowy, gdyż nie zostały one wymienione w przepisie, w którym mowa o dostawie, budowie, remoncie, modernizacji, termomodernizacji, przebudowie obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Zgodnie z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z 6.12.2016 r. (sygn. , w którym odwołano się do uchwały Naczelnego Sądu Administracyjnego z 3.06.2013 r. (sygn. , w pojęciach: budowa, remont i przebudowa (...) na pewno nie mieści się rozbiórka mieszkaniowego obiektu budowlanego, która to czynność pozostaje zresztą w całkowitej sprzeczności z celem tych unormowań, wspierających tworzenie oraz utrzymanie substancji mieszkaniowej na możliwie najmniej dla konsumentów dolegliwym pod względem ekonomicznym poziomie (stąd obniżony VAT), a nie jej likwidacja, co stanowi cel rozbiórki. Nawet gdyby przyjąć, że rozbiórka ma poprzedzać tworzenie nowych obiektów budownictwa mieszkaniowego, to biorąc pod uwagę szczególny charakter tych norm i konieczność ich ścisłej wykładni, przy jednoczesnej możliwości rozdzielenia tych procesów (rozbiórki i budowy), brak jest podstaw do objęcia czynności rozbiórki mieszkaniowego obiektu budowlanego obniżoną stawką VAT. W związku z powyższym zaniechanie prawidłowej oceny zastosowania stawki podatku VAT doprowadziło do wyboru oferty, która powinna zostać odrzucona na podstawie PZP (aktualnie: art.226 ust. 1 pkt 10 PZP), co stanowi naruszenie przepisów mające wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący 2 wskazał również, że orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej za zasadę przewodnią przyjmuje, że każde świadczenie powinno być uznawane za odrębne i niezależne, zgodnie z dyrektywą 2006/112/WE Rady z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz. Urz. UE L 347 z 11.12.2006). Jako kryterium odrębności stosowane w kontekście świadczeń złożonych przyjmuje się ustalenie czy poszczególne świadczenia mogą występować w obrocie gospodarczym niezależnie i czy mogą być wykonane przez dowolny inny podmiot. W przypadku odpowiedzi twierdzącej, nie występuje świadczenie złożone, lecz kilka odrębnych świadczeń, które powinny być dla celów opodatkowania VAT traktowane niezależnie od siebie. Podobnie w orzecznictwie

NSA przyjmuje się, że świadczenie złożone ma miejsce wówczas, gdy relacja poszczególnych świadczeń wykonywanych na rzecz jednego nabywcy dzieli je na świadczenie podstawowe i świadczenia pomocnicze tzn. takie, które umożliwiają skorzystanie ze świadczenia podstawowego lub są niezbędne dla możliwości skorzystania ze świadczenia podstawowego. Jeżeli jednak świadczenia te można rozdzielić, tak że nie zmieni to ich charakteru ani wartości z punktu widzenia nabywcy, wówczas świadczenia takie powinny być traktowane jako dwa niezależnie opodatkowane świadczenia (wyrok NSA z dnia 6 maja 2015 r., .
W ocenie Odwołującego 2, z przedstawionej powyżej przepisów i orzecznictwa wynika zatem, że w przedmiotowym postępowaniu czynności obejmujące rozbiórkę istniejącego budynku powinny być opodatkowane stawką podstawową 23 % VAT. Zatem Zamawiający w niniejszym postępowaniu naruszył art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP, przez zaniechanie odrzucenia oferty PBO Śląsk sp. z o.o. – ze względu na błąd w obliczeniu ceny – zastosowanie nieprawidłowej stawka podatku VAT. Gdyby nawet przyjąć, że prawidłową stawką podatku VAT na Rozbiórkę istniejącego budynku jest stawka 8% (z czym Odwołujący 2 się nie zgadza), to wybrany Wykonawca w swojej ofercie zastosował nieistniejącą stawkę podatku VAT w wysokości 7,78 %, zatem również w tym przypadku jego oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust.1 pkt 10 PZP w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 2 PZP. W Formularzu Cenowym wybrany Wykonawca dla Rozbiórki istniejącego budynku podał kwotę netto 900.000,00 zł oraz kwotę brutto 970.000,00 zł. Różnica między ceną brutto a ceną netto tj. wartość 70.000,00 zł, będąca podatkiem VAT, nie została wyliczona ani według stawki 8 %, ani według stawki 23 %. Wartość 70.000,00 zł oznacza, że Wykonawca przyjął stawkę podatku VAT w wysokości 7,78 %, zastosował więc nieistniejącą stawkę podatku VAT. Wobec powyższego oferta Wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny za Roboty rozbiórkowe istniejącego budynku, a co za tym idzie błąd w obliczeniu całkowitej ceny za realizację zamówienia, co stanowi podstawę do odrzucenia oferty.
W ocenie Odwołującego 2, błąd w obliczeniu ceny w Formularzu Cenowym za Rozbiórkę istniejącego budynku rzutował na błąd w obliczeniu całkowitej ceny brutto z oferty. Całkowita cena brutto z oferty w kwocie 48.838.000,00 zł brutto zawierała bowiem w sobie jeden z czynników składowych – tj. cenę brutto za rozbiórkę istniejącego budynku, którą podano z zastosowaniem nieistniejącej stawki podatku VAT. Tym samym całkowita cena brutto zawierała w sobie nieistniejący podatek VAT, czyli błąd w obliczeniu, który winien skutkować jej odrzuceniem.
Odwołujący 2 wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 18.10.2021 r. (załącznik nr 10 do Odwołania) poinformował wybranego Wykonawcę o poprawieniu „oczywistej omyłki rachunkowej", poprzez zmianę ceny brutto dla pozycji Roboty rozbiórkowe istniejącego budynku - z podanej 970.000,00 zł brutto - na nową: 972.000,00 zł brutto. W konsekwencji tej poprawki, Zamawiający zmienił także całkowitą wysokość podatku VAT oraz całkowitą cenę oferty brutto oferty.
W ocenie Odwołującego 2, dokonując ww. czynności Zamawiający naruszył art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, poprawiając w ofercie wybranego Wykonawcy błąd w obliczeniu ceny – tj. wysokości wynagrodzenia brutto za rozbiórkę istniejącego budynku z nieistniejącą stawką podatku VAT, a nie oczywistą omyłkę rachunkową. Aby uznać ww. nieprawidłowość w ofercie za oczywistą omyłkę rachunkową należałoby ustalić jej oczywistość, z czym w tym przypadku nie mamy do czynienia. Jeśli nastąpił błąd w przeprowadzonych przez wykonawcę działaniach arytmetycznych, to błąd ten nie miał charakteru oczywistego, nie budzącego wątpliwości co do prawidłowego wyniku, natomiast z treści oferty wybranego Wykonawcy nie wynikała informacja, w jaki sposób go poprawić. Zamawiający nie miał wiedzy, czy wartością którą należało poprawić, była cena brutto, czy cena netto Robót rozbiórkowych istniejącego budynku z Formularza Cenowego. Błędna mogła być którakolwiek z wartości Robót rozbiórkowych istniejącego budynku: netto (900.000,00 zł) albo brutto (970.000,00 zł). Oprócz tego należało także rozstrzygnąć, jaką stawkę podatku VAT zastosowano celem poprawienia błędu w obliczeniu ceny. Zamawiający nie wskazał w SWZ prawidłowej stawki podatku VAT a w ofercie wybranego Wykonawcy podano dwie stawki podatku VAT – tj. 8% i 23 %.
W ocenie Odwołującego 2, z związku z powyższym, w z treści oferty wybranego Wykonawcy nie wynikało w jaki sposób poprawić ww. nieprawidłowość w obliczeniu ceny, zatem poprawienie jej jako oczywistej omyłki rachunkowej, w taki sposób jaki to zrobił Zamawiający, było nieuprawnione. Podsumowując, Zamawiający naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP w związku z art. 223 ust. 2 pkt 2 PZP, przez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy, mimo, że jego oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na zastosowaniu nieprawidłowej stawki podatku VAT (8%), ewentualnie - zastosowanie nieistniejącej stawki podatku VAT (7,78%).
Odwołujący 2 wskazał, że z treści art. 223 ust 1 ustawy Pzp wynika, że w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Literalne brzmienie powyższego przepisu wskazuje, że co do zasady czynność polegająca na żądaniu złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty stanowi uprawnienie, a nie obowiązek zamawiającego. Jednakże, jeżeli wymagają tego okoliczności sprawy, zamawiający działając zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest nie tylko uprawniony, co wręcz zobowiązany do żądania przedstawienia wyjaśnień powziętych wątpliwości dotyczących treści oferty. Zamawiający powinien bowiem zbadać rzeczywistą treść oświadczenia woli wykonawcy zawartego w ofercie, która powinna być tłumaczona z uwzględnieniem nie tylko okoliczność w jakich została złożona, ale również panujących w danej branży zwyczajów oraz zasad współżycia społecznego. Odwołujący 2 powołał się na wyrok KIO z dnia 3 października 2017 r. sygn. akt: KIO 1926/17.
W ocenie Odwołującego 2, w prowadzonym postępowaniu Zamawiający naruszył zatem również art. 233 ust. 1 ustawy Pzp nie wzywając wybranego Wykonawcy do wyjaśnień treści oferty w zakresie zastosowania stawki podatku VAT do obliczenia ceny oferty (w zakresie Robót rozbiórkowych istniejącego budynku), mimo że w tym postępowaniu zaistniały wyraźne rozbieżności w zastosowaniu stawki VAT (8 i 23 %) do rozbiórki istniejącego budynku wśród oferentów, co powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do treści oferty. W tym kontekście, z ostrożności procesowej, należy zatem wskazać na naruszenie również tego przepisu przez Zamawiającego. W konsekwencji Zamawiający nie unieważnił postępowania, mimo faktu, że przy prawidłowym postępowaniu ustaliłby wtedy przesłankę unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 3) ustawy Pzp, tj. fakt, że cena najkorzystniejszej oferty lub oferty z najniższą ceną przewyższa kwotę 50 019 410,66 zł, którą Zamawiający, zgodnie z przekazaną Informacją z otwarcia ofert, zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.
Ponadto Odwołujący 2 wskazał, że art. 255 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego jeżeli cena lub koszt najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. Odwołujący 2 wskazał, ze w niniejszym postępowaniu Zamawiający poinformował, że kwota przeznaczona przez niego na sfinansowanie zamówienia wynosi: 50 019 410,66 zł, nie podał zaś żadnej informacji o możliwości zwiększenia ww. kwoty W ocenie Odwołującego, z powyższego wynika, Zamawiający zaniechał unieważnienia postępowania, mimo że jedyna oferta, której cena mieści się w kwocie Zamawiającego, tj. oferta wybranego wykonawcy, podlega odrzuceniu, zatem spełniona została przesłanka

unieważnienia postępowania z art. 255 pkt 3) PZP - cena najkorzystniejszej oferty lub oferty z najniższą ceną przewyższa kwotę 50 019 410,66 zł, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia zgodnie z przekazaną Informacją z otwarcia ofert.
Dalej Odwołujący 2 wskazał, że podstawowa zasada postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyrażona w art. 16 ust. 1 PZP stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, natomiast art. 17 ust. 2 PZP stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Charakter ogólny tej zasady doznaje uszczegółowienia m.in. w przepisach nakładających na Zamawiającego obowiązki, których realizacja zapewnia wykonawcom konkurowanie w warunkach równości, a Zamawiający w przy wyborze oferty najkorzystniejszej powinien brać pod uwagę jedynie oferty niepodlegające odrzuceniu. Odwołujący 2 wskazał, że miał prawo spodziewać się, że Zamawiający wobec ziszczenia się przesłanki unieważnienia postępowania, zastosuje prawidłowo przepisy, co umożliwi Odwołującemu 2 udział w postępowaniu zapewniającym równe traktowanie wykonawców i wybór wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy. W wyniku ww. nieprawidłowości Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy PBO Śląsk Sp. z o.o., mimo że oferta tego Wykonawcy winna być odrzucona, dopuszczając do konkurowania ofertę podlegającą odrzuceniu, a w konsekwencji zamierza udzielić zamówienia Wykonawcy, który został wybrany niezgodnie z przepisami Ustawy PZP, pozbawiając Odwołującego 2 szansy na uzyskanie zamówienia w kolejnym prawidłowym postępowaniu, które powinno się odbyć po unieważnieniu aktualnego postępowania, ze względu na brak wystarczającej kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia w stosunku do cen ofert niepodlegających odrzuceniu.
Izba ustaliła co następuje:
Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zaprojektowanie i wybudowanie budynku mieszkalnego wielorodzinnego z garażem podziemnym i częścią usługową w parterze (żłobek), na i piętrze (biura dyrekcji miejskiej biblioteki publicznej) wraz z zagospodarowaniem terenu i pracami towarzyszącymi w tym rozbiórką budynku biurowego typu LIPSK".
Izba ustaliła, że Zamawiający w SWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wymagał, dla potwierdzenia spełnienia warunku, wykazania, iż wykonawca wykonał należycie, w okresie ostatnich pięciu (5) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwie (2) umowy na roboty budowlane, w rozumieniu ustawy Prawo budowlane (art. 3 pkt 7), z których każda (odrębnie) spełnia łącznie niniejsze warunki: budowa budynku lub zespołu budynków w standardzie „deweloperskim" lub „pod klucz" i powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 2000 m2 oraz wartości robót budowlanych w zakresie umowy co najmniej 8.000.000 zł brutto (słownie: osiem milionów złotych brutto) dla którego (a w przypadku zespołu budynków – dla których) uzyskano pozwolenie na użytkowanie (pkt 8.I.1 lit. a SWZ w zw. z pkt 10.II.1.2.1.1. SWZ).
Izba ustaliła, że Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą formularza cenowego (załącznik nr 9 do SWZ), zgodnie z pkt 14.I.7.8. SWZ. W formularzu cenowym wykonawcy mieli za zadanie podać wynagrodzenie netto oraz brutto za poszczególne zakresy prac, objętych zamówieniem, w tym za roboty rozbiórkowe istniejącego budynku, za dokumentację projektową oraz za roboty budowlane. Wysokość stawki podatku VAT wykonawcy mieli określić samodzielnie. Zamawiający nie wskazał prawidłowej stawki VAT. Izba ustaliła, że w formularzu cenowym (załącznik nr 9) Zamawiający zamieścił następujące zastrzeżenie: „Formularz Cenowy stanowi treść oferty i nie może zostać uzupełniony lub poprawiony po terminie składania ofert".
Izba ustaliła, że w postępowaniu zostało złożone cztery oferty, z czego cena tylko jednej oferty mieściła się w kwocie, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (50 019 410,66 zł), tj. cena oferty PBO Śląsk Sp. z o.o. (48 838 000,00 zł). Do formularza ofertowego każdy z wykonawców załączał Formularz Cenowy, przygotowany wg wzoru z załącznika nr 8 do SWZ. W Formularzu Cenowym przedmiot zamówienia podzielono na 3 części – elementy realizacji inwestycji, które miały być osobno wycenione z podziałem na koszt netto i koszt brutto w tabeli formularza. Jedną z tych 3 wydzielonych cenowo części była „Rozbiórka istniejącego budynku".
Izba ustaliła, że z przedłożonych przez wszystkich oferentów Formularzy Cenowych wynika, że przy obliczenia ceny za części pn. „Rozbiórka istniejącego budynku" zostały zastosowane różne stawki podatku VAT, tj. dwóch oferentów zastosowało stawkę 23% (Odwołujący 1 i Budmex Sp. z o.o.), a pozostałych dwóch oferentów zastosowało stawkę 8% (wybrany wykonawca PBO Śląsk i RISER Sp. z o.o.).
Izba ustaliła, że pismem z dnia 18 października 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawcę PBO Śląsk, iż na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp dokonał poprawy w ofercie wykonawcy następujących oczywistych omyłek rachunkowych, wraz z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek: W Formularzu Cenowym, w pozycji I Rozbiórka istniejącego budynku poprawia się koszt (brutto) z wpisanej omyłkowo kwoty 970 000,00 zł na kwotę 972 000,00 zł. W konsekwencji powyższej poprawy: W Formularzu Oferty, w pozycji 2 (tabeli), w wierszu podatek VAT poprawia się wyrażoną liczbowo kwotę 4 033 827,73 złotych na kwotę 4 035 827,73 złotych oraz wyrażoną słownie kwotę cztery miliony trzydzieści trzy tysiące osiemset dwadzieścia siedem złotych 73/100 na kwotę cztery miliony trzydzieści pięć tysięcy osiemset dwadzieścia siedem złotych 73/10. W Formularzu Oferty, w pozycji 2 (tabeli), w wierszu całkowita cena ryczałtowa brutto poprawia się wyrażoną liczbowo kwotę 48 838 000,00 złotych na kwotę 48 840 000,00 złotych oraz wyrażoną słownie kwotę czterdzieści osiem milionów osiemset trzydzieści osiem tysięcy złotych 00/100 na kwotę czterdzieści osiem milionów osiemset czterdzieści tysięcy złotych 00/100.
Izba ustaliła, że wykonawca PBO Śląsk złożył oświadczenie w dokumencie JEDZ, iż warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej i zawodowej spełnia poprzez poleganie na zasobach podmiotu trzeciego. Do oferty załączono zobowiązanie do udostępnienia zasobów w zakresie powyższego warunku udziału w postępowaniu, podpisane w dniu 24 września 2021 r. przez Jabłonowską Spółkę Budowlaną spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.
Izba ustaliła, że w dniu 18 października 2021 r. Zamawiający wezwał PBO ŚLĄSK do wyjaśnienia szczegółowych zasad udostępnienia zasobów, tj. w szczególności, jakie konkretnie prace w ramach podwykonawstwa zrealizuje Jabłonowska Spółka Budowlana spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.
Izba ustaliła, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 18 października 2021 r. pismem z dnia 21 października 2021 r. wykonawca PBO Śląsk wskazał, że Jabłonowska Spółka Budowlana Sp. z o.o. z siedzibą w Jabłonnej, jako podmiot udostępniający zasoby w celu wykazania spełniania warunku odnoszącego się do zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie opisanym w rozdziale 8 cz. I ust. 1 lit. a SWZ (tj. doświadczenia, polegającego na należytym wykonaniu w okresie ostatnich 5 lat, dwóch umowy, które obejmowały wykonanie robót budowlanych polegających na budowie budynku lub zespołu budynków w standardzie „deweloperskim" lub „pod klucz" i powierzchni użytkowej nie mniejszej niż 2000m2 oraz wartości robót budowlanych w zakresie umowy co najmniej 8.000.000 zł brutto) będzie uczestniczył w realizacji zamówienia i wykona te części robót budowlanych, których wykonanie wymaga wiedzy i

doświadczenia opisanego w ww. warunku udziału i jest niezbędne dla realnego wykorzystania potencjału udostępnionego nam przez ten podmiot. Jednocześnie, wykonawca wskazał, że Jabłonowska Spółka Budowlana sp. z o.o. będzie zaangażowana w realizację robót budowlanych na etapie realizacji zadania, który jest związany z budową budynku mieszkalnego wielorodzinnego opisanego w SWZ w zakresie opisanym powyżej.Wykonawca wskazał, że posiada bogate doświadczenie własne w realizacji zadań analogicznych lub zbliżonych do prac, które są wymagane dla wykonania prac stanowiących przedmiot zamówienia tj. zadań inwestycyjnych związanych z wykonaniem obiektów kubaturowych, zarówno obiektów mieszkaniowych jak i obiektów użyteczności publicznej w tym m.in. (i) Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego przy ul. Karpackiej 4 w Bytomiu (realizowana w latach 2012-2013) o powierzchni użytkowej mieszkań wynoszącej 1837,30 m2 dla Towarzystwa Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu przy ul. Rynek 21; (ii) Budowa osiedla mieszkaniowego przy ul. Sławka w Katowicach (realizowana w latach 2006-2011) o powierzchni użytkowej mieszkań wynoszącej 23 065,70 m2 dla Katowickiego Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o.; (iii) Budowa budynku mieszkalno-komunalnego przy ul. Narutowicza 15-15a – Bogusławskiego 2-2a w Katowicach (realizowana w latach 2003-2004) dla Urzędu Miasta Katowice. Wykonawca wskazał, ze obecnie spółka zaangażowana jest samodzielnie lub wspólnie z innymi wykonawcami w realizację kontraktów budowlanych o łącznej wartości przekraczającej 450 mln zł brutto. Wśród nich są również budowy związane z budownictwem mieszkaniowym np.

a)„Budowa budynku usługowo-biurowego z mieszkaniami przy ul. Armii Krajowej 46 w Pruszkowie na dz. Nr ew. 208 obr. 2 3 ” powierzchnia użytkowa mieszkań: 908,10 m2 (powierzchnia części usługowej 965,10 m2) Zamawiający: Towarzystwo Budownictwa Społecznego „Zieleń Miejska” Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie przy ul. Gordziałkowskiego 9;

b)„Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego z wbudowaną częścią usługową, parkingiem podziemnym oraz miejscami postojowymi zewnętrznymi, infrastrukturą techniczną, zielenią urządzoną, zagospodarowaniem terenu, placem zabaw, miejscem do gromadzenia odpadów stałych” (Osiedle Sielec Renarda); Powierzchnia użytkowa mieszkań i części usługowej: 2199,58 m2

c)„Budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego przy ulicy Plac Piastowski w Chorzowie – I Etap inwestycji”; Powierzchnia użytkowa mieszkań: 1264,68 m2; Zamawiający: Regionalne TBS Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie przy ul. Dąbrowskiego 76/U1.

Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 25 października 2021 r. w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp wezwał PBO ŚLĄSK do złożenia m.in.:

- •wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej i zawodowej (pkt 8.I.1 lit. a SWZ w zw. z pkt 10.II.1.2.1.1. SWZ);
- •dowodów określających czy roboty budowlane ujęte w powyższym wykazie, zostały wykonane należycie (pkt 8.I.1 lit. a SWZ w zw. z pkt 10.II.1.2.1.1. SWZ);

W odpowiedzi na to wezwanie PBO ŚLĄSK wraz z pismem z dnia 10 listopada 2021 r. złożyła wykaz wykonanych robót wraz z referencjami. W wykazie wykonanych robót umieszczono inwestycje zrealizowane przez Jabłonowską Spółkę Budowlaną spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Izba zważyła co następuje:

Sygn. akt: KIO 3515/2

Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu. Zdaniem Izby potwierdził się zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 223 ustawy Pzp w zakresie braku wykazania przez wykonawcę PBO Śląsk warunku udziału w postępowaniu, jednakże jego zasadność pozostaje bez wpływu na wynik postępowanie z uwagi na to, iż oferta wykonawcy PBO Śląsk podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący wskazania przez wykonawcę PBO Śląsk sp. o.o. nieistniejącej stawki VAT

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Istota zarzutu Odwołującego 1 sprowadzała się do twierdzenia, że wykonawca PBO ŚLĄSK wpisał w Formularzu Cenowym dwie kwoty (kwotę netto: 900 000,00 złotych oraz kwotę brutto: 970 000,00 złotych), z porównania których Odwołujący 1 wywnioskował, że zastosował on w swojej ofercie stawkę podatku VAT w wysokości „około 7,7%”, co miałoby wskazywać zdaniem Odwołującego 1 na błąd w obliczeniu ceny, co z kolei – zdaniem Odwołującego 1 – winno doprowadzić do odrzucenia oferty Przystępującego.

Izba wskazuje na wstępie, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy w przypadku, gdy zawiera ona błąd w obliczeniu ceny lub kosztu. Przy czym wskazać należy, że zgodnie z art. 223 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści, z wyjątkiem poprawienia w ofercie wykonawcy oczywistych omyłek pisarskich, oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, innych omyłek polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W okolicznościach analizowanej sprawy, Izba uznała, że Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał poprawienia oferty wykonawcy PBO Śląsk na podstawie art. 223 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Po pierwsze należy wskazać, że wykonawca PBO ŚLĄSK w Formularzu Oferty wpisał wyraźnie dwie stawki podatku VAT, które zostały zastosowane do obliczenia ceny ofertowej, tj. stawkę VAT 8% oraz 23%. W Formularzu Oferty wykonawca nie wskazał nigdzie stawki VAT „około 7,7%”, na jaką powołuje się Odwołujący 1. Takiej stawki VAT wykonawca nie wskazał również w żadnym innym dokumencie ofertowym złożonym Zamawiającemu. Po drugie, zdaniem Izby, wykonawca PBO Śląsk w Formularzu oferty popełnił błąd rachunkowy, który został w sposób prawidłowy skorygowany przez Zamawiającego. Po trzecie, Izba nie podziela stanowiska Odwołującego 1, iż Zamawiający nie miał wiedzy czy wartością referencyjną, którą należało poprawić, była cena brutto, czy cena netto robót rozbiórkowych istniejącego budynku. Zdaniem Izby, z Formularza oferty w sposób oczywisty wynika, że kwota netto to kwota 900 000 zł, zaś kwota brutto to kwota 970 000 zł. Przy zastosowaniu wskazanej w Formularzu oferty stawki VAT 8% do obliczenia kwoty brutto w sposób jednoznaczny wynika, że błąd rachunkowy wykonawcy PBO Śląsk dotyczył jednej cyfry tj. zamiast kwoty 970 000 zł, powinna być wpisana kwota 972 000 zł. Izba nie ma wątpliwości, że *ww.* uchybienie wykonawcy może być zakwalifikowane zarówno jako omyłka rachunkowa, jak również inna omyłka niepowodująca istotnych zmian w treści oferty wykonawcy. W obu przypadkach, Zamawiający miał w dokumentach ofertowych wykonawcy wszelkie informacje konieczne do korekty ceny

brutto za wykonanie robót rozbiórkowych. Korekta ta zdaniem Izby w żaden sposób nie powodowała istotnych zmian w treści oferty wykonawcy.
Zdaniem Izby w Formularzu oferty wykonawcy PBO Śląsk zostały podane dane, zgodnie z którymi powinny zostać przeprowadzone działania matematyczne, których celem jest wyliczenie prawidłowej wartości netto i brutto dla robót rozbiórkowych istniejącego budynku. Nie można zgodzić się z Odwołującym 1, iż informacja zawarta w SWZ, że Zamawiający nie będzie dokonywał żadnych zmian w Formularzu cenowym poza poprawianiem innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SWZ, uniemożliwiała dokonanie zmian w ofercie wykonawcy PBO Śląsk. Izba wskazuje, że Zamawiający jest związany przepisami ustawy Pzp, w tym art. 233 ustawy Pzp. Wszelkie zastrzeżenia w SWZ niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, nie mogą powodować negatywnych konsekwencji po stronie wykonawców.
Ponadto, Izba wskazuje, że bez znaczenia dla sprawy jest argumentacja Odwołującego 1 o niedochowaniu należytej staranności przez wykonawcę PBO Śląsk, co winno skutkować odrzuceniem jego oferty. Izba podkreśla, że każda omyłka wykonawcy w ofercie jest wynikiem niezachowania większej lub mniejszej staranności przez wykonawcę. Ustawodawca nie uzależnia jednakże zastosowania art. 233 ustawy Pzp od wykazania określonego poziomu staranności czy niestaranności wykonawcy.
Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut za niezasadny.
Zarzut niewykazania przez PBO ŚLĄSK sp. z o.o. spełniania warunków udziału w postępowaniu (zdolności technicznej lub zawodowej – doświadczenie w wykonaniu robót budowlanych)
W ocenie Izby, zarzut uznać należy za zasadny, jednakże zasadność zarzutu pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, bowiem oferta wykonawcy PBO Śląsk podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.
Na wstępie należy wskazać, że zgodnie z art. 118 ustawy Pzp, wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.
W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.
Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności: 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby; 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia; 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.
Z kolei zgodnie z art. 119 ustawy Pzp, Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.
Możliwość powoływania się na zasoby podmiotów trzecich wynika z art. 63 Dyrektywy 2014/24/UE,zwanej dalej „**dyrektywą**". W myśl ww. przepisów prawa unijnego, wykonawca może w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji udowodnić instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów. Zgodnie z prawem unijnym, możliwość powołania się wykonawcy na zasoby podmiotu trzeciego nie jest nieograniczona, dopuszczalna jest w „stosownych sytuacjach" i w „przypadku konkretnego zamówienia". Wykładni ww. pojęć dokonał zaś Trybunał Sprawiedliwości UE. „*Takie odwołanie się do zewnętrznych środków podlega jednak pewnym warunkom. Zgodnie z treścią art. 23 dyrektywy 92/50, podmiot zamawiający ma obowiązek zweryfikowania czy usługodawca jest odpowiedni, w oparciu o określone kryteria. Weryfikacja ta ma w szczególności na celu umożliwienie podmiotowi zamawiającemu upewnienia się, że zwycięski oferent będzie naprawdę mógł wykorzystywać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia.*". „*Przepisy dyrektywy 92/50 dopuszczają wykazanie przez usługodawcę, że spełnia on ekonomiczne, finansowe i techniczne kryteria udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne na usługi poprzez oparcie się na sytuacji innych podmiotów, niezależnie od prawnego charakteru powiązań z tymi podmiotami, pod warunkiem że może wykazać, iż ma faktycznie do swej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia.*" (orzeczenie Trybunału z dnia 2 grudnia 1999 roku w sprawie C-176/98 Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari). Trybunał w orzeczeniu tym wskazywał ponadto, że ciężar wykazania, że wykonawca faktycznie może korzystać przy wykonywaniu zamówienia z udostępnionych mu zasobów obciąża wykonawcę, który na takie udostępnienie się powołuje. „*Jeśli celem wykazania swej sytuacji finansowej, ekonomicznej i technicznej po to by zostać dopuszczonym do przetargu spółka wskazuje zasoby podmiotów lub przedsiębiorstw z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio powiązana, niezależnie od charakteru takich powiązań, spółka musi wykazać, że faktycznie może korzystać z zasobów tych podmiotów lub przedsiębiorstw, które nie należą do niej samej a są niezbędne do wykonania zamówienia.*".
Jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, z dokumentów przedstawionych na potwierdzenie dostępności zasobów podmiotu trzeciego zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że potencjał podmiotu trzeciego zostanie realnie udostępniony poprzez odpowiednie wykazanie rzeczywistej możliwości wykorzystania tego potencjału w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. To, jaka forma udostępnienia zasobów jest wystarczająca i zagwarantuje faktyczne przekazanie potencjału niezbędnego do realizacji zamówienia, powinno być oceniane w odniesieniu do konkretnego zamówienia, jego złożoności i specyfiki oraz zakresu i specyfiki udostępnianych zasobów. Należy jednocześnie zauważyć, że w kontekście udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego kluczowe znaczenie ma oznaczenie świadczenia, do którego zobowiązuje się podmiot trzeci. Bez takiego określenia świadczenia nie można określić bowiem uprawnień wykonawcy i obowiązków podmiotu trzeciego, a konsekwencji nie jest zapewniony

rzeczywisty dostęp do zasobów. W świetle art. 118 ustawy Pzp świadczeniem podmiotu trzeciego jest oddanie do dyspozycji wykonawcy niezbędnych do realizacji zamówienia zasobów. Oznacza to, że podmiot trzeci zobowiązuje do działania tj. „oddania do dyspozycji", a przedmiotem świadczenia określonym przez ustawodawcę są „niezbędne zasoby". Z treści oświadczenia winno więc wynikać zasady oddania zasobów do dyspozycji oraz precyzyjne określenie takich zasobów i sposób ich wykorzystania.
Zdaniem Izby, w okolicznościach analizowanej sprawy treść zobowiązania do udostępnienia zasobów przez Jabłonowską Spółkę Budowlaną złożona przez wykonawcę PBO Śląsk w niewystraczający sposób określa zakres i sposób udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci na rzecz wykonawcy.
Należy wskazać, że w treści zobowiązania podmiot trzeci zobowiązał się do wykonania wyłącznie bliżej niesprecyzowanej części robót budowlanych, których wykonanie wymaga wiedzy i doświadczenia opisanego w spornym warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby na podstawie tak ogólnego oświadczenia podmiotu trzeciego nie można ustalić jaki zakres prac skradających się na zamówienia zostanie wykonawcy przez podmiot trzeci, a jaki przez samego wykonawcę. To zadaniem wykonawcy PBO Śląsk było ustalenie zakresu rzeczowego zobowiązania podmiotu trzeciego, opartego o zakres prac wynikających z opisu przedmiotu zamówienia w oparciu o warunek udziału w postępowaniu.
Zdaniem Izby, zarówno treść zobowiązania do udostępnienia zasobów, jak i treść wyjaśnień PBO ŚLĄSK nie potwierdzają realności udostępnienia zasobów, ani spełnienia wymagań z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp (tj. że Jabłonowska Spółka Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością zrealizuje roboty budowlane, do których zdolności te są wymagane). W obu powyższych dokumentach mowa jest bowiem o zrealizowaniu części robót budowlanych, bez wskazania jaka jest owa część takich robót, a jaka część zostanie wykonana przez wykonawcę PBO Śląsk. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego 1, że podmiot trzeci powinien wykonać całość robót budowlanych. Należy wskazać bowiem, że warunek udziału w postępowaniu nie jest tożsamy z zakresem zamówienia. Tylko taka tożsamość skutkowałaby obowiązkiem wykonania całości robót przez podmiot trzeci. W analizowanym stanie faktycznym, wykonawca PBO Śląsk oraz podmiot trzeci winni określić w treści zobowiązania zakres robót, które będę wykonywane przez podmiot trzeci w ramach udostępnionej wiedzy i doświadczenia wskazanego w warunku udziału w postępowaniu. W przeciwnym razie, ogólne sformułowanie zawarte w zobowiązaniu o wykonaniu części robót czy też robót niezbędnych do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie potwierdzają w żaden sposób realności udostepnienia zasobów. Z treści takich oświadczeń nie wynika co zostanie wykonane przez podmiot trzeci w ramach przedmiotu zamówienia. Sformułowanie, którym posługuje się PBO ŚLĄSK, że Jabłonowska Spółka Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością „wykona część robót budowlanych" może bowiem oznaczać „50 % zakresu rzeczowego", jak i np. „0,05 % zakresu rzeczowego". Tym samym, zdaniem Izby, PBO ŚLĄSK nie wskazała, mimo żądania Zamawiającego, jaki konkretnie zakres zrealizuje podmiot udostępniający zasoby i w jakim wymiarze. To zaś uniemożliwiło Zamawiającemu weryfikację zakresu polegania na zasobach podmiotu trzeciego, a w konsekwencji prawa do powołania się na zasoby podmiotu trzeciego. Skoro zatem treść zobowiązania nie potwierdza, że PBO ŚLĄSK rzeczywiście dysponuje zasobami podmiotu trzeciego (Jabłonowska Spółka Budowlana spółka z ograniczoną odpowiedzialnością) w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia, należy ocenić, że warunek udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej i zawodowej (doświadczenie w realizacji robót) nie został wykazany, gdyż PBO ŚLĄSK nie powołało się skutecznie na zasoby Jabłonowskiej Spółki Budowlanej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Izba podkreśla, że powoływanie się przez wykonawców na zdolności podmiotów trzecich nie może mieć jedynie charakteru formalnego, służącego wyłącznie wykazaniu warunków udziału postępowania w celu uzyskania zamówienia, bez rzeczywistego przełożenia na późniejsze wykonywanie zamówienia. Z takim ryzykiem mamy do czynienia w sytuacji, gdy ze zobowiązania podmiotu trzeciego udostępniającego swój zasób w postaci wiedzy i doświadczenia na potrzeby wykazania spełnienia warunku nie wynika w jakim zakresie i w jaki sposób takie udostepnienie przełoży się na faktyczną realizację zamówienia, z czym, zdaniem Izby, mamy do czynienia w analizowanym stanie faktycznym.
Jednocześnie Izba wskazuje, że za niedopuszczalną uznać należy praktykę zgodnie z którą wykonawca odwołuje się do doświadczenia podmiotów trzecich tylko dla celów wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, natomiast faktycznie sam wykonuje samodzielnie zamówienie, pomimo, iż na etapie weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu nie powoływał się na własną wiedzę i doświadczenia w żadnym zakresie. Taki sposób realizacja zamówienia poprowadziłby do jednej konstatacji, a mianowicie, iż stawianie warunków udziału w postępowaniu oraz kwalifikacja podmiotowa wykonawcy jest bezcelowe i nie ma żadnej wartości dla zamawiającego. Ustawodawca w celu minimalizacji takiego ryzyka zobowiązuje właśnie wykonawców do precyzyjnego określenia zakresu zasobów udostępnionych przez podmiot trzeci, zakresu i sposobu takiego udostępnienia. W analizowanym zaś stanie faktycznym, ogólność sformułowań zawarte w zobowiązaniu powoduje, że podmiot trzeci może wykonać minimalny zakres robót budowlanych, zaś wykonawca zasadniczą część zamówienia, pomimo, iż zgodnie z SWZ nie posiada samodzielnie wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia. Stąd też tak istotne jest precyzyjne określenie zakresu zobowiązania podmiotu trzeciego.
Zdaniem Izby, powyższe wątpliwości co do zakresu zobowiązania podmiotu trzeciego winny być wyjaśnione/uzupełnione przez Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Z uwagi jednakże to, iż oferta wykonawcy PBO Śląsk podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, Izba uznała, że dokonywanie takich czynności będzie bezprzedmiotowe. Zasadność zarzutu podniesionego przez Odwołującego 1 pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, bowiem oferta wykonawcy PBO Śląsk podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.
Zarzut odnoszący się do wykazania zdolności finansowej i ekonomicznej poprzez przedłożenie posiadanego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej o wymaganej wartości „związanej z przedmiotem zamówienia"
Zdaniem Izby, powyższy zarzut nie znalazł potwierdzenia w okolicznościach omawianej sprawy. Odwołujący 1 wywodzi w treści odwołania, że ubezpieczenie działalności „związanej z przedmiotem zamówienia" powinno pokrywać każdą część zamówienia, a w przypadku zamówień niejednorodnych – wszystkie przedmioty wchodzące w zakres zamówienia. Izba nie podziela takiego stanowiska. Należy wskazać, że przedmiotowe postępowanie dotyczy robót budowlanych. Na gruncie ustawy Pzp przez „roboty budowlane" rozumie się również realizacje robót budowlanych w formule zaprojektuj i wybuduj. Przystępujący przedstawił polisę ubezpieczenia OC, z której wynika, że ubezpieczoną działalnością jest budownictwo ogólne, a suma gwarancyjna polisy to 20 milionów złotych. Zamawiający wymagał dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności „związanej z przedmiotem zamówienia" na sumę ubezpieczenia co najmniej 3 miliony złotych. Zdaniem Izby, bezsprzecznie budownictwo ogólne jest działalnością związaną z przedmiotem zamówienia.
Ponadto, Izba wskazuje, że wymóg posiadania ubezpieczenia OC – stawiany jako warunek udziału w postępowaniu ma

znaczenie całkowicie odmienne od wymagania ubezpieczenia OC zabezpieczającego prawidłową realizację przedmiotu zamówienia. Wymóg stawiany na etapie postępowania o udzielenie zamówienia sprowadza się do weryfikacji, czy: (i) ubezpieczyciel (podmiot trzeci) zweryfikował wykonawcę i uważa go za podmiot wiarygodny; (ii) wykonawca jest w stanie udźwignąć składkę ubezpieczeniową; (iii) wykonawca jest podmiotem profesjonalnym, ubezpieczającym swoją działalność. Dodatkowo, Izba wskazuje, że z ubezpieczenia OC wykazywanego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający w żadnym wypadku nie może się zaspokoić swoich ewentualnych roszczeń, a zatem nie stanowi ono narzędzie służącego zabezpieczeniu interesów zamawiającego na etapie realizacji umowy.
Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że przedstawiona polisa ubezpieczenia OC wykonawcy PBO Śląsk w pełni pozwala na wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu określonego przez Zamawiającego w SWZ. Zamawiający nie wymagał, aby polisa OC pokrywała się w pełni przyszłym przedmiotem zamówienia, a więc dotyczyła każdego aspektu składającego się na przedmiot zamówienia. Polisa miała obejmować wyłącznie działalności „związaną z przedmiotem zamówienia". Gdyby przyjąć stanowisko Odwołującego 1 za prawidłowe, to prowadziłoby to kuriozalnych sytuacji bowiem wykonawcy musieliby uzyskiwać odrębne polisy do każdego zamówienia, których zakres pokrywałby się z zakresem zamówienia. W konsekwencji, Izba uznała zarzut za niezasadny.
Zarzut dotyczący braku sprawozdania biegłego rewidenta z badania sprawozdania finansowego za 2020 rok
Zdaniem Izby zarzut nie potwierdził się. W ocenie Odwołującego 1, wykonawca PBO Śląsk nie złożył sprawozdania biegłego rewidenta z badania sprawozdania finansowego spółki, pomimo że zaistniał taki obowiązek. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego 1, uznając stanowisko Zamawiającego za prawidłowe. Należy wskazać, że w Rozdziale 10, część II pkt 1.2.6.1 SWZ, Zamawiający wskazał, że nie wezwie wykonawcy do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, o ile wykonawca wskazał w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp – formularzu JEDZ, dane umożliwiające dostęp do tych środków. Jak wskazał Zamawiający, wykonawca PBO Śląsk w JEDZ, wskaza nazwę firmy i numeru NIP, co umożliwiło Zamawiającemu pozyskanie numer KRS (w powszechnie znanym i dostępnym, bezpłatnym rejestrze znajdującym się na stronie), co umożliwiło następnie Zamawiającemu weryfikację dokumentów finansowych Przystępującego w rejestrze dokumentów finansowych dostępnym na stronie (po numerze KRS Przystępującego). W wyniku tej weryfikacji Zamawiający pozyskał informacje, że sprawozdanie finansowe zostało zbadane przez biegłego rewidenta i Zamawiający przejrzał to badanie biegłego rewidenta, które potwierdziło prawidłowość i poprawność danych podanych przez Przystępującego. Odwołujący 1 w tym zakresie nie przedstawił żadnych dowodów przeciwnych. W konsekwencji, Izba uznała zarzut za niezasadny.
Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.
Sygn. akt: KIO 3528/21
W ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Zdaniem Izby wykonawca PBO Śląsk wskazał w Formularzu cenowym błędną stawkę VAT dla wykonania robót rozbiórkowych, a tym samym oferta wykonawca zawierała błąd w obliczeniu ceny i podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.
Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, która zawiera błąd w obliczeniu ceny.
Należy wskazać, że podstawowa stawka podatku VAT, na podstawie art. 41 ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług, wynosi 22%, z zastrzeżeniem ust. 2-12c, art. 83, art. 119 ust. 7, art. 120 ust. 2 i 3, art. 122 i art. 129 ust. 1. W świetle art. 146aa ust. 1 pkt 1 ustawy, w okresie od dnia 1 stycznia 2019 r. do końca roku następującego po roku, dla którego wartość relacji, o której mowa w art. 38a pkt 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, jest nie większa niż 43% oraz wartość, o której mowa w art. 112aa ust. 5 tej ustawy, jest nie mniejsza niż -6% stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 1 i 13, art. 109 ust. 2 i art. 110, wynosi 23%. W treści ustawy jak i w przepisach wykonawczych do niej ustawodawca przewidział zwolnienia od podatku oraz obniżone stawki podatku VAT. I tak, zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy, dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stawka podatku wynosi 7%, z zastrzeżeniem art. 114 ust. 1 i art. 138i ust. 4. Stawkę stosuje się również na podstawie art. 41 ust. 12 ustawy. Przy czym, na podstawie art. 146aa ust. 1 pkt 2 ustawy, w okresie od dnia 1 stycznia 2019 r. do końca roku następującego po roku, dla którego wartość relacji, o której mowa w art. 38a pkt 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, jest nie większa niż 43% oraz wartość, o której mowa w art. 112aa ust. 5 tej ustawy, jest nie mniejsza niż - 6% 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%.
Nie ulega wątpliwości, że przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT, będącego elementem cenotwórczym, jest 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. Takie stanowisko wyraził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 października 2011 r., III CZP 52/11.
W przedmiotowym postępowaniu wykonawca PBO Śląsk określił w ofercie stawkę VAT 8% dla wykonania prac rozbiórkowych. Istota sporu pomiędzy stronami sprowadzała się więc do rozstrzygnięcia czy czynności określone przez Zamawiającego w ramach postępowania tj. prace budowalne polegające na wykonaniu rozbiórki istniejącego budynku oraz roboty budowalnego polegające na wybudowaniu budynku mieszkalnego mogą być uznane za świadczenie kompleksowe, podlegające w całość opodatkowaniu stawką VAT 8%. Przystępujący bowiem zastosował stawę obniżoną VAT 8% dla ww. elementów argumentując, iż wykonanie prac rozbiórkowych stanowią element świadczenia kompleksowego. Wykonawca w odniesieniu do wykonania dokumentacji projektowej zastosował stawkę VAT 23%. Zamawiający uznał działanie wykonawcy za prawidłowe.
Izba, po dokonaniu analizy prawnej i okoliczności faktycznych sprawy, uznała stanowisko Zamawiającego i Przystępującego PBO Śląsk za nieprawidłowe. Wskazać należy na wstępie, iż w wyroku ETS w sprawie C-349/96 Trybunał stwierdził, że w celu ustalenia dla potrzeb VAT, czy świadczenie usług obejmujące kilka części składowych należy traktować jako jedno świadczenie, czy też jako dwa lub więcej świadczeń wycenianych odrębnie, należy przede wszystkim wziąć pod uwagę treść przepisu art. 2 (1) VI Dyrektywy, zgodnie z którym każde świadczenie usług powinno być traktowane jako odrębne i niezależne oraz fakt, że świadczenie obejmujące z ekonomicznego punktu widzenia jedną usługę nie powinno być sztucznie dzielone, co mogłoby prowadzić do nieprawidłowości w funkcjonowaniu systemu podatku VAT. Jednocześnie ETS stwierdził, że pojedyncze świadczenie ma miejsce wtedy, gdy jedną lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas gdy inny lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania, co do usługi zasadniczej. Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeśli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem

do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej. Jedna transakcja występuje w wypadku, gdy dwa lub więcej elementów albo dwie lub więcej czynności, dokonane przez podatnika, są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie tylko jedno niepodzielne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny (wyroki ETS z 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04 oraz z 29 marca 2007 r. w sprawie C-111/05). Podobne stanowisko można znaleźć w krajowym orzecznictwie, gdzie kompleksowość świadczenia oparta jest o podział na świadczenie zasadnicze i pomocnicze (tak m.in. NSA w uchwale o sygn. akt I FPS 3/10).
Oznacza więc to, iż aby dana usługa mogła zostać uznana za usługę kompleksową wyróżnić należy usługę zasadniczą i usługę/i pomocnicze, zaś ich wzajemne powiązanie jest tak ścisłe, że tworzą obiektywnie jedną usługę w aspekcie gospodarczym, a ich rozdzielenie miałoby charakter sztuczny. Z taką sytuacją nie ma jednak do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Kompleksowość robót jakie wykonawca ma zrealizować w ramach zamówienia nie wynika z dokumentacji postępowania opracowanej przez Zamawiającego, na podstawie której należy określić charakter świadczeń, jakie wykonawca ma zrealizować na rzecz Zamawiającego. Zdaniem Izby, Zamawiający wyodrębnił trzy różne, odrębne elementy składające się na przedmiot zamówienia, które choć powiązane ze sobą, nie mogą być uznane za świadczenie kompleksowe, podlegające opodatkowaniu preferencyjną stawką VAT.
Po pierwsze, Izba zwraca uwagę, że w Formularzu cenowym, sam Zamawiający wyodrębnił 3 elementy składające się na realizację inwestycji, podlegające odrębnej wycenie przez każdego z wykonawców, w stosunku do których wykonawcy mieli odrębnie określić mającą zastosowanie stawki podatku VAT.
Po drugie, ani Przystępujący ani Zamawiający nie wskazali na żadne postanowienia dokumentacji postępowania, z których wynikałyby jakiekolwiek powiazanie technologiczne czy techniczne pomiędzy etapem prac rozbiórkowych, a wykonaniem właściwego budynku mieszkalnego. Zamawiający w odpowiedzi na odwołania przywołuje rzekome powiązania pomiędzy pracami rozbiórkowymi, a wykonaniem budynku mieszkalnego, ale owe twierdzenia nie znajdują żadnego oparcia w SWZ. Okoliczność, iż nowy budynek powstanie w miejscu wyburzenia istniejącego budynku nie może decydować o kompleksowości świadczenia. Izba nie neguje okoliczności, iż powstanie nowego budynku mieszkalnego wymaga wyburzenia istniejących zabudowań, jednakże obie te roboty mogę być wykonane odrębnie, wymagają odmiennej technologii wykonania, użycia odmiennego sprzętu. Ani Zamawiający ani wykonawca PBO Śląsk nie wskazali na żadne konkretne powiązania tecznologiczno – techniczne wykonania prac rozbiórkowych i budowalnych. Sekwencja zaś wykonania poszczególnych prac nie może decydować o kompleksowości świadczenia i zastosowania obniżonej stawki VAT.
Po trzecie, jak wynika z dokumentacji przetargowej, rozbiórka, którą przewidziano do wykonania w ramach przedmiotowego zamówienia, to roboty budowlane rozumiane jako rozbiórka obiektu budowlanego w rozumieniu Prawa budowlanego, na które wydano odpowiednie pozwolenie na rozbiórkę - decyzję administracyjną obejmującą ten wyodrębniony zakres robót. Prace rozbiórkowe stanowią więc ewidentnie samodzielną część przedmiotu zamówienia, możliwą do odrębnego wykonania przez jakikolwiek inny podmiot, która w związku z powyższym nie kwalifikuje się do zaliczenia jej do tzw. Świadczenia kompleksowego i rozszerzenia na nią obniżonej stawki podatkowej.
Po czwarte, należy wskazać, że traktowanie odrębnych świadczeń, jako jednego świadczenia złożonego ma charakter wyjątkowy, stanowiący odstępstwo od zasady odrębnego opodatkowania każdego świadczenia według właściwej dla niego stawki podatku VAT (wyrok NSA z 1.06.2011 r., sygn. akt I FSK 869/10, wyrok NSA z 6.06.2012 r., sygn. akt I FSK 1374/11). W tym zakresie, należy przywołać wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z 6.12.2016 r. (sygn. I Sa/Gd 1162/16), w którym odwołano się do uchwały Naczelnego Sądu Administracyjnego z 3.06.2013 r. (sygn. I FPS 7/12) *w pojęciach: budowa, remont i przebudowa (…) na pewno nie mieści się rozbiórka mieszkaniowego obiektu budowlanego, która to czynność pozostaje zresztą w całkowitej sprzeczności z celem tych unormowań, wspierających tworzenie oraz utrzymanie substancji mieszkaniowej na możliwie najmniej dla konsumentów dolegliwym pod względem ekonomicznym poziomie (stąd obniżony VAT), a nie jej likwidacja, co stanowi cel rozbiórki. Nawet gdyby przyjąć, że rozbiórka ma poprzedzać tworzenie nowych obiektów budownictwa mieszkaniowego, to biorąc pod uwagę szczególny charakter tych norm i konieczność ich ścisłej wykładni, przy jednoczesnej możliwości rozdzielenia tych procesów (rozbiórki i budowy), brak jest podstaw do objęcia czynności rozbiórki mieszkaniowego obiektu budowlanego obniżoną stawką VAT.*
Po piątek, Izba wskazuje, że gdyby przyjąć nierozerwalność świadczeń wchodzących w zakres zamówienia, to również wykonanie prac projektowych powinno stanowić element świadczenia kompleksowego, bowiem bez wykonania usług projektowych, nie ma możliwości wybudowania nowego budynku mieszkalnego. W tym zakresie jednakże, ani Zamawiający ani inni wykonawcy nie mieli wątpliwości, że prace to stanowią odrębne element zamówienia i podlegają opodatkowaniu stawką VAT 23%. Nie sposób zgodzić się z wykonawcą PBO Śląsk, iż kompleksowość świadczenia należy odnieść tylko do tej samej kategorii świadczeń tj. w analizowanym stanie faktycznym do wykonania robót budowalnych. Kompleksowość świadczenia może obejmować zarówno usługi jak i roboty budowalne i dostawy, pod warunkiem, że wykonawca wykaże, iż świadczenie te są ze sobą nierozerwalnie związane, a ich podział miałby charakter sztuczny.
Po szóste, nie do zaakceptowania w okolicznościach analizowanej sprawy jest stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym możliwe było zastosowanie zarówno stawki VAT 8% jak i stawki VAT 23% do wykonania robót rozbiórkowych. Zdaniem Izby, Zamawiający miał obowiązek ustalić na potrzeby oceny ofert złożonych w postępowaniu właściwą stawkę podatku VAT, którą będę opodatkowane roboty rozbiórkowe, jednolitą dla wszystkich wykonawców, gdyż tylko w takiej sytuacji można mówić o porównywalności cen za realizację zamówienia. Zdaniem Izby nie istnieją w analizowanym stanie faktycznym jakieś indywidualne uwarunkowania poszczególnych wykonawców, które umożliwiałby zastosowania obniżonej stawki VAT. Na takie indywidualne uwarunkowania nie wskazał sam wykonawca PBO Śląsk. Tym samym, akceptowanie przez Zamawiającego odmiennych stawek VAT do tego samego świadczenia Izba uznaje za błędne i nieuprawnione.
Izba podkreśla, że o tym czy mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym decydują okoliczności konkretnej sprawy. W omawianym stanie faktycznym podstawą ustalenia charakteru świadczenia wchodzących są postanowienia SWZ. Jak zostało wskazane powyżej, z postanowień tych wynika, że w ramach realizacji zamówienia wyodrębniono trzy zadania: (i) wykonanie prac rozbiórkowych; (ii) wykonanie prac budowalnych; (iii) wykonanie prac projektowych. Zdaniem Izby każda z tych prac stanowi samodzielny element zamówienia, który może być wykonany odrębnie, gdyż nie występują w tym zakresie żadne powiązanie technologiczne. Prace składające się na zamówienie są wyodrębnione, oddzielnie zlecane i oddzielnie rozliczane.
W ocenie Izby ani Zamawiający ani Przystępujący nie wykazali dlaczego prace rozbiórkowe są nierozerwalne związana z pracami budowlanymi polegającymi na wykonaniu budynku mieszkalnego. Powiązanie polegające na tym, iż w pierwszej kolejności należy wyburzyć istniejące zabudowania, aby później wznieść nowy budynek jest zdaniem Izby

niewystraczające dla uznania, że mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym. W ocenie Izby oba rodzaje prac mogą być odrębnie wykonane, nie są ze sobą współzależne, ani też nie mają wobec siebie funkcji usługi głównej i usługi pomocniczej. Wykonanie prac rozbiórkowych jest wyłącznie elementem poprzedzającym wykonanie prac budowalnych, z uwagi na przyjętą przez Zamawiającego lokalizację nowego budynku mieszkalnego. Tak okoliczność jednak sama w sobie nie stanowi o kompleksowości świadczenia. W konsekwencji, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut dotyczący zastosowania przez wykonawcę PBO Śląsk nieistniejącej stawki VAT.

W ocenie Izby zarzut okazał się niezasadny. Stanowisko Izby w zakresie*ww.* zarzutu zostało zwarte w uzasadnieniu do sprawy KIO 3515/21.

Zarzut dotyczący nieunieważnienia postępowania

W ocenie Izby zarzut uznać należy za przedwczesny, a tym samym niezasadny na tym etapie postępowania. Odwołujący 2 zarzucił Zamawiającemu, że ten nie unieważnił postępowania pomimo, że – zdaniem Odwołującego 2 – oferta najtańsza (złożona przez Przystępującego PBO ŚLĄSK sp. z o.o. winna zostać odrzucona, a kolejna oferta (to jest oferta wykonawcy RISER sp. z o.o.) przekracza kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podaną przed otwarciem ofert. W ocenie Izby, w swojej argumentacji, Odwołujący 2 pomija brzmienie art. 255 pkt 3 ustawy PZP in fine, zgodnie z którym nie unieważnia się postępowania o udzielenie zamówienia jeśli Zamawiający może zwiększyć kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny najkorzystniejszej oferty. Ponadto, dopiero do wykonaniu wyroku Izby tj. dokonania powtórzenia czynności badania i oceny ofert, Zamawiający może ewentualnie podjąć decyzje czy istnieją przesłanki do unieważnienia postępowania i na jakiej podstawie. Tym samym zarzut uznać należy za niezasadny.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 3515/21 orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1).

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3538/21 orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 pkt 2 i ust. 5 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 odstąpiła od rozdzielenia kosztów ze względu na rodzaj podniesionych zarzutów i uwzględnienie zarzutu głównego skutkującego odrzuceniem oferty wykonawcy PBO Śląsk.

Przewodniczący:……

Członkowie: ……

……