Sygn. akt: KIO 3037/23

WYROK

z dnia 31 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Anna Chudzik

Protokolantka:

Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 października 2023 r. przez wykonawcę Mosty Łódź S.A. z siedzibą w Łodzi,

w postępowaniu prowadzonym przez Akademię Wojsk Lądowych im. gen. Tadeusza Kościuszki we Wrocławiu,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Mosty Łódź S.A. z siedzibą w Łodzi oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. Kosztami postępowania obciąża Akademię Wojsk Lądowych im. gen. Tadeusza Kościuszki we Wrocławiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez

Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 2023 r. poz. 1605 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.

Przewodnicząca: .....

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Akademia Wojsk Lądowych im. gen. Tadeusza Kościuszki we Wrocławiu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Przebudowa i docieplenie budynku koszarowego nr 10 wraz z modernizacją infrastruktury technicznej i zagospodarowaniem terenu na terenie Akademii Wojsk Lądowych we Wrocławiu. Wartość zamówienia przekracza progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej odpowiednio pod numerem 2023/S 111-349125.

W dniu 13 października 2023 r. wykonawca Mosty Łódź S.A. wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty bez podania odpowiednich podstaw prawnych i faktycznych oraz wobec zaniechania odrzucenia ofert, które oferty zostały uznane za ważne, w tym oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia czynności badania wyjaśnień dotyczących stawki podatku VAT, dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz odrzucenia ofert dotychczas uznanych za ważne, w tym oferty dotychczas najkorzystniejszej, z uwagi na zastosowanie w nich niewłaściwej stawki podatku VAT.

Odwołujący wskazał, że pismem z 5 października 2023 r. Zamawiający poinformował go o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu m.in. jego oferty z powodu wyjaśnień dotyczących stawki podatku VAT. W dniu 30 sierpnia 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowania w ofercie Odwołującego dwóch stawek podatku VAT. Odwołujący złożył stosowne wyjaśnienia 4 września 2023 r., wskazując, że do wyliczenia ceny oferty dla robót budowlanych będących składowymi oferty zastosował dwie stawki podatku od

towarów i usług VAT w wysokości 8% i 23%. Odwołujący wskazał również, że budynek koszarowy jest budynkiem zbiorowego zamieszkania sklasyfikowanym według symbolu PKOB 1130 i wypełnia definicję budownictwa mieszkaniowego zawartą w art. 2 pkt 12 ustawy o VAT oraz że dla przebudowy i docieplenia budynku koszarowego zgodnie z art. 41 ust. 12 ustawy VAT dla dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji, przebudowy lub robót konserwacyjnych dotyczących obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym – stawka VAT wynosi 8%. Jeśli chodzi o zastosowanie 23% stawki, Odwołujący zastosował ją do pozostałych robót budowlanych.

Odwołujący podniósł, że pomimo ww. wyjaśnień, Zamawiający odrzucił jego ofertę wskazując, że „powinno się przyjąć jedną stawkę VAT 23% dla wszystkich robót budowlanych z uwagi na to, iż budynek koszarowy jest budynkiem mieszkalnym na terenie koszar, i że zgodnie z ustawą o VAT budynki mieszkalne na terenie koszar, zakłady karne i poprawcze, areszty śledcze (1130) – są wyłączone z możliwości zastosowania 8 % stawki VAT.” Zamawiający nie podał przy tym żadnych konkretnych podstaw prawnych.

Odwołujący powołał się na przepis art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający informuje o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone podając szczegółowe uzasadnienie faktyczne i prawne. Dodatkowo Zamawiający powinien podać indywidulanie wobec każdego z wykonawców podstawy prawne i faktyczne odrzucenia, a nie tak jedno uzasadnienie faktyczne oraz ogólne uzasadnienie prawne odrzucenia ofert wobec aż sześciu wykonawców. Wynikiem połączenia argumentacji odrzucenia oferty dla sześciu wykonawców jest nie tylko opis sytuacji, nieodpowiadającej stanowi faktycznemu wynikającemu z wyjaśnień Odwołującego oraz nielogiczna argumentacja uzasadnienia odrzucenia ofert wykonawców, w tym Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający odrzucając ofertę powołał się jedynie ogólnikowo na przepis art. 41 ust. 12b ustawy z dnia 11 marca 2004 r. ustawy o podatku o towarów i usług, w dodatku powołując się na nieobowiązującą ustawę, tj. ustawę DZ.U. z 2022 poz. 931 ze zm., a nie ustawę obowiązującą w momencie odrzucania ofert, tj. DZ.U. z 2023r. poz. 1570 t.j. z dnia 2023.08.09. praz wskazał, że budynki mieszkalne na terenie koszar są wyłączone z preferencyjnej stawki podatku VAT 8% dla budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji, przebudowy lub robót konserwacyjnych dotyczących obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Zgodnie z przepisem, na który powołał się Zamawiający: „Do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym określonego w ust. 12a nie zalicza się: 1) budynków mieszkalnych jednorodzinnych, których powierzchnia użytkowa przekracza 300 m2; 2) lokali mieszkalnych, których powierzchnia użytkowa przekracza 150 m2.”

Odwołujący wyjaśnił, że lokale mieszkalne znajdujące się w budynkach koszarowych objętych przedmiotem przetargu nie przekraczają powierzchni wskazanych w ww. przepisie oraz nie stanowią budynków mieszkalnych jednorodzinnych, a ponadto zgodnie z interpretacją samego Zamawiającego „budynki na terenie koszar służące zbiorowemu zakwaterowaniu żołnierzy uznawane są za budynki mieszkalne i zastosowanie znajduje stawka podatku właściwa dla tych budynków” – a więc wskazana przez samego Zamawiającego jedynie ogólna podstawa prawna tj. przepisu art. 41 ust. 12b ustawy z dnia

11 marca 2004 r. dotycząca odrzucenia ofert z uwagi na rzekomy brak możliwości skorzystania z 8 % stawki podatku VAT – jest niewłaściwa.

Odwołujący podniósł, że budynki mieszkalne na ternie koszar wypełniają definicję budownictwa mieszkaniowego zawartą w przepisie art. 2 pkt 12 ustawy o VAT oraz przesłanki przepisów art. 41 ust. 12 i ust. 12a ww. ustawy. Zgodnie z art. 41 ust. 12 ustawy stawkę podatku, o której mowa w ust. 2, stosuje się do:

1) dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji, przebudowy lub robót konserwacyjnych dotyczących obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym;

2) robót konserwacyjnych dotyczących:

a) obiektów budownictwa mieszkaniowego lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych,

b) lokali mieszkalnych w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12

- w zakresie, w jakim wymienione roboty nie są objęte tą stawką na podstawie pkt 1.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 41 ust. 12a ustawy o VAT: „Przez budownictwo objęte społecznym programem mieszkaniowym rozumie się obiekty budownictwa mieszkaniowego lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych, lokale mieszkalne w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12, oraz obiekty sklasyfikowane w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w klasie ex 1264 - wyłącznie budynki instytucji ochrony zdrowia świadczących usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską, zwłaszcza dla ludzi starszych i niepełnosprawnych, a także mikroinstalację, o której mowa w art. 2 pkt 19 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii (Dz. U. z 2022 r. poz. 1378, 1383, 2370 i 2687), funkcjonalnie z nimi związaną, z zastrzeżeniem ust. 12b.”

Odwołujący podniósł, że przepis art. 2 pkt 12 ww. ustawy podatkowej potwierdza, że przez obiekty budownictwa mieszkaniowego rozumie się budynki mieszkalne stałego zamieszkania sklasyfikowane w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 11, a więc podanej przez Odwołującego w wyjaśnieniach klasyfikacji 1130 oraz cytowanych

przepisów art. 41 ust. 12 i 12a ww. ustawy. Ww. przepisy potwierdzają wprost możliwość opodatkowania ich preferencyjną stawką 8%, a w pozostałej części robót stawką 23%. Potwierdza zresztą to sam Zamawiający, który w drugiej części pisma dotyczącego odrzucenia oferty wyjaśnia definicję budynku mieszkalnego, która wprost koresponduje z wyjaśnieniami Odwołującego, w pełni je potwierdzając.

Odwołujący zaprzeczył, że Zamawiający dokonał wnikliwej analizy wyjaśnień Odwołującego podejmując decyzję o odrzuceniu jego oferty. Podniósł, że Zamawiający wręcz nie dokonał takiej analizy, gdyż jeśli nie zgadzał się z wyjaśnieniami Odwołującego, to mógł, a nawet powinien, przed odrzuceniem oferty przedstawić swoją interpretację, prosząc Odwołującego o szczegółowe wyjaśnienia. Odwołujący zaznaczył, że nie chodziłoby tu o niedopuszczalne negocjowanie treści oferty, gdyż Odwołujący nigdy o to nie wnosił ani też nie wynikało z treści jego wyjaśnień, że chciał zmiany stawki VAT. Odwołujący podniósł, że zgodnie z przyjętą praktyką i orzecznictwem, o wyjaśnienia można zwracać się do wykonawcy więcej niż raz, gdyż istotne jest, aby Zamawiający był pewien swojego stanowiska, podejmując decyzję o odrzuceniu oferty. Wbrew twierdzeniem Zamawiającego brak pogłębiania wyjaśnień w zakresie stawki podatku VAT należy traktować jako brak zachowania należytej staranności oraz brak zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasady przejrzystości.

Odwołujący powołał się na udzieloną przez Zamawiającego odpowiedź na pytanie nr 30:

Pytanie:

Jaki podatek VAT należy uwzględnić w postepowaniu? 23% czy 8 %? Wykonawca wnosi o jednoznaczne wskazanie poprawnej wartości. Budynki zamieszkania zbiorowego kalkuluje się w oparciu o 8 % VAT natomiast zakres PZT 23 %. W trosce o dobro przetargu wnosimy o jednoznaczne narzucenie przez Inwestora wymaganych podatków VAT, aby uniknąć sytuacji, w której kilku oferentów złoży oferty bazując na innym podatku.

Odpowiedź:

Zamawiający wyjaśnia, że stawkę podatku VAT Wykonawca dobierze według obowiązujących przepisów na dzień składania ofert oraz stosownie dla poszczególnych robót budowlanych.

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający przeniósł na wykonawcę obowiązek ustalenia stawki podatku VAT i wbrew twierdzeniom Zamawiającego ważna jest intencja towarzysząca wykonawcy przy ustaleniu tej stawki, gdyż to przede wszystkim on ponosi odpowiedzialność karno-skarbową za stosowanie wbrew prawu stawek podatku VAT.

Odwołujący powołał się na stanowisko Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu, zgodnie z którym: „Remont koszarów, które są zakwalifikowane jako budynek zbiorowego zamieszkania i wypełniają definicję budownictwa mieszkaniowego, można objąć 8-proc. stawką VAT.”Według poznańskiej izby o ile budynek koszarowy jest budynkiem zbiorowego zamieszkania sklasyfikowanym według symbolu PKOB 1130, wypełnia definicję

budownictwa mieszkaniowego zawartą w art. 2 pkt 12 ustawy o VAT (Dz.U. z 2004 r. nr 54, poz. 535 z późn. zm.), to roboty budowlane i budowlano-montażowe, remonty i roboty konserwacyjne wykonywane w tym budynku opodatkowane były w 2010 r. 7% stawką podatku, a w 2011 r. 8% stawkąPrzy czym, dla zastosowania w 2011 r. obniżonej 8% stawki, usługi wykonywane przez podatnika w budynkach koszarowych muszą mieścić się w zakresie czynności wymienionych w art. 41 ust. 12 ustawy o VAT, tj. dostawa, budowa, remont, modernizacja,ub przebudowa obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym.

Odwołujący podkreślił, że w oparciu o stawkę 8% VAT dla kategorii 1130, w tym budynków mieszkalnych w koszarach, działa cały rynek budowlany w Polsce, więc odrzucone winny być oferty wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty z jedna stawką VAT 23%, a nie oferta Odwołującego. Ponadto sam Zamawiający przyznał, że budynki, w których zakwaterowani są żołnierze na czas pełnienia służby wojskowej są budynkami mieszkalnymi.

Odwołujący zaznaczył, że w tym roku Zamawiający rozstrzygnął już postępowanie i podpisał umowę na Przebudowę i docieplenie budynku koszarowego nr 2 Akademii Wojsk Lądowych imienia gen. Tadeusza Kościuszki wraz z modernizacją infrastruktury technicznej i zagospodarowaniem terenu. Wybrany w tym postępowaniu Przedsiębiorstwa Budowlano-Konserwatorskie CASTELLUM Sp. z o.o. zastosował w ofercie dwie stawki VAT (8% i 23%) i na podstawie tej oferty realizowana jest według tych stawek aktualnie umowa. Powstaje więc uzasadnione pytanie, dlaczego Zamawiający raz przyjmuje dwie stawki VAT dla tych samych robót, a raz nie, tym bardziej że był proszony w ramach pytań dotyczących przedmiotowego postępowania przetargowego o podanie stawki VAT, a mimo to uznał, że to na wykonawcy ciąży obowiązek jej należytego ustalenia. Zdaniem Odwołującego takie zachowanie Zamawiającego wskazuje, że świadomie chce on wykorzystać pewne narzędzia proceduralne o negatywnym charakterze dla efektywności prowadzonego postępowania, aby np. nie poprawiać ofert. Ponadto stanowi to naruszenie podstawowych zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości prowadzonego postępowania przetargowego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia,

a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przedmiotem zamówienia jest robota budowlana polegająca na przebudowie i docieplenіu budynku koszarowego nr 10 wraz z modernizacją infrastruktury technicznej i zagospodarowaniem terenu na terenie Akademii Wojsk Lądowych we Wrocławiu (pkt 4.1 SWZ).

W dniu 18 lipca 2023 r. Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień do treści SWZ:

Pytanie nr 30:

Jaki podatek VAT należy uwzględnić w postepowaniu? 23% czy 8 %? Wykonawca wnosi o jednoznaczne wskazanie poprawnej wartości. Budynki zamieszkania zbiorowego kalkuluje się w oparciu o 8 % VAT natomiast zakres PZT 23 %. W trosce o dobro przetargu wnosimy o jednoznaczne narzucenie przez Inwestora wymaganych podatków VAT, aby uniknąć sytuacji, w której kilku oferentów złoży oferty bazując na innym podatku.

Odpowiedź:

Zamawiający wyjaśnia, że stawkę podatku VAT Wykonawca dobierze według obowiązujących przepisów na dzień składania ofert oraz stosownie dla poszczególnych robót budowlanych.

Odwołujący w formularzu ofertowym podał następującą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia: 1) Netto 13 793 413,27 zł, 2) VAT 8 % tj. 1 061 160,32 zł, VAT 23 % tj. 121 649,14 zł, 3) Brutto 14 976 222,73 zł.

Pismem z 30 sierpnia 2023 r. Zamawiający skierował do Odwołującego następujące wezwanie do wyjaśnienia treści oferty:

W ofercie z dnia 18.08.2023 roku Wykonawca do wyliczenia ceny oferty dla robót budowlanych będących składowymi oferty zastosował dwie stawki podatku od towarów i usług (VAT) w wysokości 8% i 23%.

Pełnomocnik Zamawiającego, zwraca się z prośbą o wyjaśnienie treści oferty w zakresie zastosowania przez Wykonawcę dwóch stawek podatku od towarów i usług (VAT) tj. stawki 8% i 23%. Pełnomocnik Zamawiającego wskazuje, że w pełni uznaje fakt, że to na Wykonawcy jako podatniku spoczywa obowiązek naliczenia odpowiedniej wartości VAT oraz – jako płatniku – odprowadzeniu jej do odpowiednich organów podatkowych. Niemniej, w szczególności z uwagi na fakt, że w przedmiotowym postępowaniu Wykonawcy złożyli

oferty z różnymi stawkami VAT, Zamawiający postanowił wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiotowym zakresie.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący udzielił następujących wyjaśnień:

(…) Wykonawca do wyliczenia ceny oferty dla robót budowlanych będących składowymi oferty zastosował dwie stawki podatku od towarów i usług VAT w wysokości 8% i 23%.

Budynek koszarowy jest budynkiem zbiorowego zamieszkania sklasyfikowanym według symbolu PKOB 1130 i wypełnia definicję budownictwa mieszkaniowego zawartą w art. 2 pkt 12 ustawy o VAT (Dz.U. z 2004 r. nr 54, poz. 535 z późn. Zm.)

Wyjaśniamy, iż przebudowa i docieplenie budynku koszarowego zgodnie z art. 41 ust. 12 ustawy VAT (Dz.U. z 2004 r. nr 54, poz. 535 z późn. Zm.) dla dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji, przebudowy lub robót konserwacyjnych dotyczących obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym stawka VAT wynosi 8%.

Jeśli chodzi o zastosowanie 23% stawki VAT Wykonawca zastosował ją do pozostałych robót budowlanych.

Pismem z 5 października 2023 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz ofert pięciu innych wykonawców na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Zamawiający w odniesieniu do wszystkich sześciu ofert przedstawił zbiorcze uzasadnienie, w którym wskazał:

(…) Oferty wyżej wymienionych Wykonawców, zostały przez Zamawiającego odrzucone, z uwagi na zastosowanie przez Wykonawców niewłaściwej stawki podatku VAT w złożonych ofertach. Zastosowanie przez Wykonawcę niewłaściwej stawki VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny i nie podlega poprawieniu. Wykonawcy zastosowali nieprawidłową stawkę VAT do wyliczenia ceny oferty tj., stawkę 8% i 23% dla robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia.

Wykonawcy winni zastosować 23% stawkę VAT, dla wszystkich robot budowlanych, będących przedmiotem zamówienia w budynku koszarowym nr 10, z uwagi na fakt, że budynek ten jest budynkiem mieszkalnym na terenie koszar.

Zgodnie z ustawą o VAT, budynki mieszkalne na terenie koszar, zakłady karne i poprawcze, areszty śledcze (1130), są wyłączone z możliwości zastosowanie 8% stawki dla robót budowlanych.

Zgodnie z przepisem art. 41 ust. 12b ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2022 poz. 931 ze zm.) budynki mieszkalne na terenie koszar są wyłączone z możliwości zastosowania preferencyjnej 8% stawki VAT dla budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji, przebudowy lub robot konserwacyjnych dotyczących obiektów budowlanych lub ich części zaliczanych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym.

Zamawiający informuje, że budynek koszarowy będący przedmiotem postępowania nie jest obiektem sklasyfikowanym w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w klasie ex 1264, aby Wykonawcy mogli zastosować preferencyjną stawkę VAT do wyliczenia ceny oferty.

Wykonawcy składając oferty w przedmiotowym postępowaniu zastosowali 8% i 23% oraz tylko 23% stawkę VAT dla poszczególnych elementów cenotwórczych oferty. W związku z zaistnieniem wątpliwości w zakresie zastosowania przez Wykonawców w ofertach stawki podatku VAT w wysokości 8% i 23% oraz tylko 23% dla wykonania robót budowlanych, Zamawiający na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do Wykonawców o złożenie wyjaśnień w powyższym zakresie. Udzielając odpowiedzi na ww. wezwanie Wykonawcy oświadczyli, iż zastosowali 8% i 23% stawkę VAT na podstawie przepisów wynikających z ustawy o podatku od towarów i usług wskazując, że zastosowanie 8% stawki VAT jest możliwe na podstawie art. 41, ust. 1 i ust. 2, a w szczególności z art. 41 ust. 12.1) tejże ustawy. Stawkę 8% stosuje się do dostaw, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji, przebudowy lub robót konserwacyjnych dotyczących obiektów budowlanych lub ich części zaliczanych do budynków objętych społecznym programem mieszkaniowym. Z kolei w art. 12a, ustawy o VAT wskazuje, że przez budynek objęty społecznym programem mieszkaniowym rozumie się obiekty budownictwa mieszkaniowego lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych, lokale mieszkalne w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12, oraz obiekty sklasyfikowane w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w klasie ex 1264.

Przyjęcie przez Wykonawców błędnej stawki VAT, wypełnia dyspozycję art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp stanowiącą, iż Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera błąd w obliczeniu ceny. (…) Zatem niewłaściwe zastosowanie przez Wykonawcę stawki podatku VAT nie podlega poprawie.

Jednocześnie należy zauważyć, że postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym prowadzone w trybie art. 132 Ustawy Pzp, prowadzone jest między podmiotami profesjonalnymi, co stawia zasadnym oczekiwanie, że składana przez Wykonawcę oferta i zawierające się w niej dokumenty, będą odpowiadały wymaganiom stawianym w SWZ.

Cechy obrotu profesjonalnego jakim jest postępowanie o zamówienie, wymagają przy tym zachowania dokładności Wykonawców w przedkładanych dokumentach. Wobec tego Zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, z uwagi na okoliczności złożenia przez niego w ramach formularza ofertowego niewłaściwej stawki VAT. Poprzedzając decyzję o odrzuceniu oferty Zamawiający dokonał wnikliwej analizy stanu faktycznego. Chcąc szanować oferty, należało ustalić faktyczną ich treść, lecz w każdym przypadku prowadzi to do zmiany oświadczenia woli i ukształtowania oferty na nowo. Zamawiający nie jest zatem uprawniony do wzywania Wykonawców w takim przypadku, gdyż narusza to naczelną zasadę równego traktowania Wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji, oferty złożone w postępowaniu muszą być porównywalne, a więc obliczone z zastosowaniem tych samych reguł (przy zastosowaniu tej samej stawki podatku VAT). W przypadku wystąpienia w ofercie innej niż pisarska i rachunkowa omyłka, powodująca niezgodność oferty ze specyfikacją warunków zamówienia (SWZ), niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, zamawiający musi dokonać poprawienia takiej oferty, w przypadku zaś wystąpienia błędu w obliczaniu ceny, Zamawiający musi odrzucić ofertę. (…)

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie ocenia jednocześnie intencji Wykonawcy, jaka służyła takiemu zachowaniu, jednak wskazuje, że nie może jej przypisać cechy omyłki pisarskiej czy omyłki rachunkowej podlegającej szacowaniu na zasadach nie stojących w sprzeczności z zasadami udzielania zamówień. W orzecznictwie przyjęty jest pogląd, że poprawienie w ofercie różnych omyłek (pisarskich, rachunkowych i innych niezgodności), nie może powodować wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli Wykonawcy w przedmiocie oferowania świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do których Zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji (…) Zamawiający nie może wszcząć procedury poprawy czy wyjaśnienia treści oferty, gdyż byłoby to działanie naruszające podstawowe zasady postępowania opisane w art. 16 ustawy Pzp.

Wyjaśnienia i poprawy treści oferty mogą służyć wyłącznie rozwianiu wątpliwości co do tego, co już w ofercie zostało przedstawione. Przepis ten natomiast wprost zabrania dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty, a za zmianę taką należy uznać wskazanie dodatkowych informacji, które prowadzą do wykształtowania oświadczenia woli na nowo (zwłaszcza możliwości wprowadzenia nowego elementu składowego ceny, bądź nowej ceny). (…)

Dla rozwiania wszelkich wątpliwości Zamawiający wskazuje, iż przy ocenie stawki VAT zwrócił uwagę, iż przedmiot zamówienia odnosi się do budynków w granicach koszar wojskowych, a dokładniej dotyczy budynków mieszkalnych. Należy mieć na uwadze, że budynki koszarowe, które w całości lub w części służą zbiorowemu zakwaterowaniu żołnierzy, a więc budynki składające się m.in. z pomieszczeń przeznaczonych na cele

mieszkalne (na zakwaterowanie w izbach żołnierskich) uznawane są za budynki mieszkalne i zastosowanie znajduje stawka podatku przewidziana dla tych budynków.

Zamawiający zwraca przy tym uwagę, że ustawa z dnia 7 lipca 1994 r, nie zawiera definicji budynku mieszkaniowego. Nie zawiera jej także prawo podatkowe. W przypadku braku w prawie podatkowym definicji budynku mieszkalnego, należy zastosować przede wszystkim wykładnię językową. Sięgając do Słownika Języka Polskiego Wydawnictwo Naukowe PWN 2003 r. za "budynek mieszkalny" przyjęto budynek służący, przeznaczony i nadający się do mieszkania czy zamieszkiwania. Natomiast pojęcie "mieszkać" oznacza zajmować jakieś pomieszczenie i traktować je jako główne

miejsce swojego pobytu, czyli przebywać gdzieś stale albo czasowo. Pojęcie zaś "zakwaterować się" to zająć kwaterę, zamieszkać gdzieś na określony czas, na czas pobytu w danej miejscowości. Wykładnia językowa pojęcia budynku mieszkalnego przemawia więc za uznaniem budynków, w których zakwaterowani są żołnierze na czas pełnienia służby wojskowej za budynek mieszkalny. Wykładnie taką analizując analogiczny problem, zastosował Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyrokach z dnia 16 stycznia 2004 r. sygn. akt III SA 1117/03 i z dnia 16 czerwca 2004 r. sygn. akt III SA 487/03 oraz Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie (…) Znaczenie przesądzające dla zaliczenia budynku, w którym zakwaterowani są żołnierze, do budynków o charakterze mieszkalnym, mają przepisy ustawy z dnia 22 czerwca 1995 r. o zakwaterowaniu Sił Zbrojnych RP. Zgodnie bowiem z art. 7 na zakwaterowanie zbiorowe żołnierzy przeznacza się wspólne kwatery stałe, którymi zgodnie z art. 1a pkt 4 ustawy o zakwaterowaniu Sił Zbrojnych RP są pomieszczenia mieszkalne przeznaczone do nieodpłatnego zakwaterowania zbiorowego żołnierzy, znajdujące się w budynkach położonych na terenie zamkniętym lub pomieszczenia jednostek pływających Marynarki Wojennej.

Nie może zniknąć z pola widzenia fakt, iż Zamawiającym jest uczelnią wojskową. Ta z kolei, zapewnia m.in. (1) miejsce zakwaterowania dla żołnierzy zawodowych pełniących służbę wojskową w trakcie kształcenia w uczelni wojskowej, (2) żołnierzy będących słuchaczami szkół albo uczestniczących w innych formach szkolenia w Siłach Zbrojnych nie wyłączając (3) żołnierzy odbywających zasadniczą służbę wojskową.

Jak więc widać wspólne kwatery przeznaczone na zakwaterowanie żołnierzy pełniących służbę wojskową w różnych formach, zostały określone jako pomieszczenia mieszkalne, przy czym podkreślić należy, że okresowość niektórych z form służby wojskowej nie ma wpływu na mieszkaniowy charakter pomieszczeń, gdyż są one stale wykorzystywane przez kolejne roczniki do służby.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Stosownie do art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Podkreślić należy, że po pierwsze – Zamawiający ma obowiązek wykazania, że zaistniały okoliczności uzasadniające odrzucenie oferty, po drugie – wykazanie to musi nastąpić w przekazanej wykonawcom informacji o odrzuceniu oferty. Zasadność czynności odrzucenia oferty podlega ocenie Izby w kontekście okoliczności faktycznych i prawnych przedstawionych przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności, Zamawiający jest bowiem zobowiązany przepisem art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp do przedstawienia, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, uzasadnienia faktycznego i prawnego swojej czynności. Uzasadnienie to powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. Zamawiający jest więc obciążony obowiązkiem wykazania wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych potwierdzających konieczność odrzucenia oferty, a wykazanie to powinno nastąpić już w przedstawionym wykonawcom wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej uzasadnieniu. W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty.

Izba stwierdziła, że w rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie wykazał, że oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na przyjęciu do kalkulacji ceny ofertowej nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że ustalenie ceny oferty z zastosowaniem błędnej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp – pogląd taki jest powszechnie przyjmowany w orzecznictwie. Należy również zgodzić się z Zamawiającym, że błąd taki nie podlega poprawieniu, z tym jednak zastrzeżeniem, że możliwe jest jego poprawienie w sytuacji, gdy prawidłowa stawka podatku VAT została wskazana przez Zamawiającego w treści SWZ. Powyższe kwestie nie są jednak przedmiotem sporu w rozpoznawanej sprawie. Istotą sporu jest wysokość stawki podatku VAT właściwej dla robót polegających na przebudowie i docieplenia budynku koszarowego. Zamawiający przedstawił w uzasadnieniu odrzucenia oferty obszerne wywody o tym, że

przyjęcie do obliczenia ceny ofertowej błędnej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny oraz że nie jest dopuszczalne poprawienie omyłki w tym zakresie, nie wykazał jednak kwestii mającej zasadnicze znaczenie, tj. tego, że stawka przyjęta przez Odwołującego rzeczywiście była nieprawidłowa.

Zamawiający oparł odrzucenie oferty Odwołującego na tezie, że zgodnie z ustawą o VAT, budynki mieszkalne na terenie koszar, zakłady karne i poprawcze, areszty śledcze (1130), są wyłączone z możliwości zastosowanie 8% stawki dla robót budowlanych. Teza ta nie została jednak przez Zamawiającego wykazana, a argumentacja prawna przedstawiona na jej poparcie jest fragmentaryczna i nieznajdująca poparcia w treści przepisów, na które Zamawiający się powołał. Zamawiający wskazał, że wyłączenie budynków koszarowych z możliwości zastosowania stawki 8% wynika z art. 41 ust. 12b ustawy o podatku od towarów i usług. Stwierdzić jednak należy, że przepis ten w ogóle nie odnosi się do rodzajów budynków czy ich przeznaczenia, a jedynie określa powierzchnię użytkową, której przekroczenie uniemożliwia zaliczenie budynków do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Stanowi on, że co budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym określonego w ust. 12a nie zalicza się: 1) budynków mieszkalnych jednorodzinnych, których powierzchnia użytkowa przekracza 300 m2; 2) lokali mieszkalnych, których powierzchnia użytkowa przekracza 150 m2. Tymczasem kwestia powierzchni użytkowej budynku będącego przedmiotem zamówienia nie była w żadnej mierze podstawą decyzji Zamawiającego. Zamawiający nie powołał żadnej innej podstawy prawnej, która zawierałaby wyłączenie budynków koszarowych z budownictwa mieszkaniowego objętego

stawką preferencyjną.

Ponadto argumentacja Zamawiającego przedstawiona w informacji o odrzuceniu oferty jest wewnętrznie sprzeczna. Zamawiający z jednej strony wskazał, że budynki służące zakwaterowaniu żołnierzy nie są budynkami mieszkalnymi podlegającymi opodatkowaniu stawką 8%, z drugiej strony wprost wskazał, że budynki, w których zakwaterowani są żołnierze, należy zakwalifikować do budynków mieszkalnych, a okresowość niektórych z form służby wojskowej nie ma wpływu na mieszkaniowy charakter pomieszczeń, gdyż są one stale wykorzystywane przez kolejne roczniki do służby. Twierdzenia te przemawiają za uznaniem prawidłowości stawki zastosowanej przez Odwołującego, nie zaś za uznaniem jego oferty za zawierającą błąd w obliczeniu ceny.

Zamawiający podczas rozprawy próbował uzasadnić odrzucenie oferty Odwołującego powołując dodatkowe okoliczności, które nie znalazły się w informacji o odrzuceniu oferty, w związku z czym należy je uznać za spóźnione, Odwołujący bowiem wnosząc odwołanie nie dysponował wiedzą o takich powodach dokonanej przez Zamawiającego oceny. Zamawiający twierdził, że zakaz stosowania stawki 8% do budynków koszarowych wynika ze

zmienionej w ostatnim czasie interpretacji przepisów przez organy podatkowe. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego okoliczność ta nie została jednak wskazana w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający nie powołał tam żadnych stanowisk organów podatkowych, które byłyby odmienne od prezentowanych wcześniej, a które uzasadniałyby odejście od stosowanej przez tego Zamawiającego jeszcze w 2023 r. praktyki – Zamawiający bowiem w tym roku rozstrzygnął postępowanie i podpisał umowę na Przebudowę i docieplenie budynku koszarowego nr 2 Akademii Wojsk Lądowych imienia gen. Tadeusza Kościuszki wraz z modernizacją infrastruktury technicznej i zagospodarowaniem z wykonawcą, który zastosował w ofercie stawki VAT 8 % i 23 % i na podstawie tej oferty realizowana jest aktualnie umowa (co jest okolicznością niekwestionowaną przez Zamawiającego).

Ponadto Zamawiający podczas rozprawy twierdził, że stawka 8% VAT może być stosowana tylko w odniesieniu do budynków będących miejscem stałego zamieszkania, podczas gdy budynek zamieszkania zbiorowego przeznaczony jest na okresowy pobyt ludzi. Teza taka nie tylko nie została przedstawiona w uzasadnieniu odrzucenia oferty, ale jest wręcz z tym uzasadnieniem sprzeczna, Zamawiający wskazał w nim bowiem, że okresowość zamieszkania nie ma znaczenia z punktu widzenia uznania obiektu za budynek mieszkalny.

Należy więc stwierdzić, że odrzucając ofertę Odwołującego bez przedstawienia pełnego i przekonującego uzasadnienia, wykazującego podstawy faktyczne i prawne tego odrzucenia, Zamawiający naruszył przepisy art. 226 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W związku z tym Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Wobec braków dotyczących dokonanej przez Zamawiającego oceny stawek podatku VAT i przedstawionego w tym zakresie uzasadnienia, rozstrzyganie na obecnym etapie przez Izbę, czy odrzuceniu podlegają oferty wykonawców, którzy zastosowali stawkę 23%, czy też oferta Odwołującego, jest na obecnym etapie przedwczesne. Czynności te powinny zostać powtórzone, a wyniki tej ponownej oceny Zamawiający powinien wyczerpująco przedstawić w rozstrzygnięciu postępowania. Izba stwierdza natomiast, że w świetle przedstawionego dotychczas uzasadnienia, odrzucenie oferty Odwołującego było niezasadne.

Na koniec podkreślić należy, że wadliwość przedstawionego przez Zamawiającego uzasadnienia odrzucenia oferty dotyczy warstwy merytorycznej, nie zaś kwestii formalnej, tj. zbiorczego przedstawienia argumentacji w odniesieniu do wszystkich sześciu ofert, które Zamawiający odrzucił (na co również wskazywał Odwołujący). W ocenie Izby, w sytuacji gdy kilka ofert podlega odrzuceniu nie tylko na takiej samej podstawie prawnej, ale również na takich samych podstawach faktycznych i wszystkie twierdzenia Zamawiającego odnoszą się

w takim samym zakresie do każdej z tych ofert, zbiorcze przedstawienie uzasadnienia można uznać za dopuszczalne. W rozpoznawanej sprawie jednak uzasadnienie to pod względem merytorycznym nie wykazywało prawidłowości czynności Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b i § 7 ust. 1 pkt 1 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Zamawiającego.

Przewodnicząca: .....