

Sygn. akt: KIO 3033/24

WYROK

Warszawa, dnia 17 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:

Beata Konik

Protokolant:

Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę PRO-ECO spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Czajków, przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawcy Pagra spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem

wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3033/24

Uzasadnienie

Gmina Czajków, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym, na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn.: „Poprawa efektywności energetycznej budynków i obiektów stanowiących własność Gminy Czajków”, nr postępowania: ZP.271.4.2024.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320).

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 10 lipca 2024 r., nr 2024/BZP 00404779.

W postępowaniu tym wykonawca PRO-ECO spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni (dalej: „Odwołujący”) 21 sierpnia 2024 r., złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez PAGRA

sp. z o.o. oraz NAT-BUD Z. B.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 239 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez niezgodny z obowiązującymi przepisami wybór najkorzystniejszej oferty PAGRA sp. z o.o.,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców PAGRA sp. z o.o. oraz NAT-BUD Z. B.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty firmy PAGRA sp. z o.o.
- 2) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp odrzucenie ofert PAGRA sp. z o.o. oraz NAT-BUD Z. B z powodu złożenia ofert zawierających błędy w obliczeniu ceny.
- 3) dokonanie ponownego badania i oceny pozostałych ofert.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i

może ponieść szkodę.

Następnie Odwołujący wskazał, że z treści złożonych ofert wynika, że tylko Odwołujący w cenie ofertowej uwzględnił zarówno 8%, jak i 23% stawkę VAT. Pozostali wykonawcy uwzględnili w cenie wyłącznie 23% stawkę VAT.

Odwołujący wskazał na treść art. 41 ust. 12 i 12a w związku z art. 2 pkt 12 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2004 Nr 54 poz. 535 ze zm.) oraz tabelę IV, dział 11, grupa 113, klasa 1130 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 roku w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB); (Dz.U. 1999 nr 112 poz. 1316 ze zm.), które stanowią, że w przypadku 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%.

Następnie Odwołujący wskazał, że zgodnie z powyższą ustawą: „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 2023 r. poz. 1436, 1597, 1681 i 1762).”

Dodatkowo, Odwołujący wyjaśnił, że Tabela IV (dział 11, grupa 113, klasa 1130) Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 roku w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB); (Dz.U. 1999 nr 112 poz. 1316 ze zm.) informuje zaś, co wchodzi w skład budownictwa zbiorowego zamieszkania.

Ponadto, Odwołujący podniósł, że art. 146ef w zw. z art. 41 ust. 2 powołanej wcześniej ustawy o VAT wskazuje, że właściwa stawka podatku w zakresie wskazanych przepisów (i niniejszego odwołania) wynosi 8%.

Odwołujący wskazał też, że zgodnie z art. 2 pkt 2 lit. a-d ustawy z dnia 21 listopada 2008 roku o wspieraniu termomodernizacji i remontów oraz o centralnej ewidencji emisyjności budynków (Dz. U. 2008 Nr 223 poz. 1459 ze zm.): „Przedsięwzięcia termomodernizacyjne – przedsięwzięcia, których przedmiotem jest: a) ulepszenie, w wyniku którego następuje zmniejszenie zapotrzebowania na energię dostarczaną na potrzeby ogrzewania i podgrzewania wody użytkowej oraz ogrzewania do budynków mieszkalnych, budynków zbiorowego zamieszkania oraz budynków stanowiących własność jednostek samorządu terytorialnego służących do wykonywania przez nie zadań publicznych, b)

ulepszenie, w wyniku którego następuje zmniejszenie strat energii pierwotnej w lokalnych sieciach ciepłowniczych oraz zasilających je lokalnych źródłach ciepła, jeżeli budynki wymienione w lit. a, do których dostarczana jest z tych sieci energia, spełniają wymagania w zakresie oszczędności energii, określone w przepisach prawa budowlanego, lub zostały podjęte działania mające na celu zmniejszenie zużycia energii dostarczanej do tych budynków, c) wykonanie przyłącza technicznego do scentralizowanego źródła ciepła, w związku z likwidacją lokalnego źródła ciepła, w wyniku czego następuje zmniejszenie kosztów pozyskania ciepła dostarczanego do budynków wymienionych w lit. a, d) całkowita lub częściowa zamiana źródeł energii na źródła odnawialne lub zastosowanie wysokosprawnej kogeneracji;”.

W ocenie Odwołującego, zarówno w przypadku Domu Nauczyciela oraz Klubu Seniora zamówienie obejmuje między innymi wymianę stolarki okiennej i drzwiowej oraz docieplenie ścian zewnętrznych, w związku z czym zakres ten bez wątplenia klasyfikuje się pod definicję „przedsięwzięcia termomodernizacyjnego”. Są to bowiem ulepszenia w wyniku których następuje zmniejszenie zapotrzebowania na energię potrzebną do ogrzania budynków.

Odwołujący podkreślił, że przedmiotowa inwestycja obejmuje w szczególności: -Termomodernizację budynku mieszkalnego 3 lokalowego Domu Nauczyciela oraz budynku gospodarczego - Termomodernizację budynku Klubu

Seniora+ wraz z 3 lokalami mieszkalnymi na poddaszu i kotłownią. Odwołujący wskazał, że zgodnie z przepisami ustawy o VAT dla dostawy bądź usług budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji oraz przebudowy obiektów budownictwa mieszkaniowego objętego społecznym programem mieszkaniowym w rozumieniu art. 41 ust. 12a ustawy o VAT stosuje się stawkę 8%, co wymaga spełnienia dwóch przesłanek. Zakres wykonywanych czynności musi dotyczyć usług budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji, przebudowy obiektów budowlanych lub ich części bądź ich dostawy oraz budynki lub ich części, których dotyczą wskazane czynności muszą być zaliczane do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. 2002 nr 75 poz. 690 ze zm.) § 3 pkt 5 wskazuje zaś na definicję budynku zbiorowego zamieszkania. Przez taki budynek należy rozumieć budynek przeznaczony do okresowego pobytu ludzi, w szczególności hotel, motel, pensjonat, dom wypoczynkowy, dom wycieczkowy, schronisko młodzieżowe, schronisko, internat, dom studencki, budynek koszarowy, budynek zakwaterowania na terenie zakładu karnego, aresztu śledczego, zakładu poprawczego, schroniska dla nieletnich, a także budynek do stałego pobytu ludzi, w szczególności dom dziecka, dom rencistów i dom zakonny.

Odwołujący zwrócił uwagę, że opis robót do wykonania informuje, że roboty będą

prowadzone również w części mieszkalnej budynków, w związku z czym zasadne jest zastosowanie (poza 23% stawką VAT) 8% stawki VAT. W przypadku Domu Nauczyciela jeden z budynków jest w całości budynkiem mieszkalnym, natomiast w przypadku Klubu Seniora – obiekt ten obejmuje również 3 lokale mieszkalne na poddaszu tego budynku. Projekty udostępnione do postępowania również informują, że w powyższym przypadku mamy do czynienia z częściami mieszkalnymi. W przypadku Klubu Seniora projekt między innymi wskazuje, że „przedmiotem zamierzenia jest termomodernizacja budynku Klubu Seniora+ wraz z 3 lokalami mieszkalnymi na poddaszu w Mielcuchach...” (str. 6 projektu). Analogiczna informacja jest również na stronie tytułowej projektu. W przypadku budynku Domu Nauczyciela Odwołujący wskazał, że projekt wskazuje, że „przedmiotem zamierzenia jest termomodernizacja budynku mieszkalnego 3 lokalowego oraz budynku gospodarczego w Czajkowie...” (str. 6 projektu). Analogiczna informacja jest również na stronie tytułowej projektu. W przypadku Klubu Seniora, zdaniem Odwołującego, bez wątpienia mamy do czynienia z budownictwem zbiorowego zamieszkania. Odwołujący wyjaśnił, że obiekt ten obejmuje 3 lokale mieszkalne. Dodatkowo, mimo że w projekcie budynek zaklasyfikowano do kategorii I (budynki mieszkalne - jednorodzinne) to w opisie wyraźnie wskazano, że w obiekcie są trzy lokale mieszkalne. W przypadku Domu Nauczyciela obiekt ten również zaklasyfikowano do I kategorii, co potwierdza opis w projekcie wskazujący, że budynek w całości jest budynkiem mieszkalnym - jednorodzinny. Zgodnie z art. 41 ust. 12a ustawy o VAT - przez budownictwo objęte społecznym programem mieszkaniowym rozumie się obiekty budownictwa mieszkaniowego (zarówno jednorodzinne i zbiorowe). Ust. 12b powyższego artykułu stanowi zaś, że: „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 Ust. 12c. wskazuje natomiast, że: „W przypadku budownictwa mieszkaniowego o powierzchni przekraczającej limity określone w ust. 12b stawkę podatku, o której mowa w ust. 2, stosuje się tylko do części podstawy opodatkowania odpowiadającej udziałowi powierzchni użytkowej kwalifikującej do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym w całkowitej powierzchni użytkowej, z zastrzeżeniem ust. 12 pkt 2.”

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego w tym postępowaniu, w przypadku Domu Nauczyciela (w zakresie budynku mieszkalnego) zastosowanie znajdzie przepis stanowiący o możliwości zastosowania preferencyjnej stawki VAT do budynków mieszkalnych jednorodzinnych, których powierzchnia użytkowa nie przekracza 300 m².

Wyprzedzająco, w przypadku wykazywania przez Zamawiającego, że powierzchnia wynosi >300 m², a tym samym niemożliwe jest zastosowanie 8% stawki VAT, Odwołujący wskazał, że w przypadku domów o powierzchni powyżej 300m² wciąż można skorzystać z

preferencyjnej stawki VAT w wysokości 8% (o czym stanowił przepis wymieniony powyżej). W tej sytuacji niższa stawka VAT będzie obowiązywać przy kosztach związanych z termomodernizacją 300 m² domu jednorodzinnego, a dla nadwyżki zostanie już zastosowana stawka podstawowa w wysokości 23%.

W przypadku Klubu Seniora (w części mieszkalnej), Odwołujący podniósł, że zastosowanie znajdzie przepis stanowiący o możliwości zastosowania preferencyjnej stawki VAT w wysokości 8% do budynków zbiorowego zamieszkania, ale wyłącznie w zakresie części mieszkalnej budynku. Z uwagi na stałe/czasowe zamieszkiwanie osób w 3 lokalach mieszkalnych zlokalizowanych na poddaszu, Odwołujący argumentował, że ta część budynku spełnia definicję budynku zbiorowego zamieszkania. Reasumując, w obu wymienionych budynkach zasadne było zastosowanie (poza 23% stawką VAT) 8% stawki VAT. Na marginesie należy wskazać, że na podstawie udostępnionej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było możliwe ustalenie m² do zastosowania odpowiednich stawek VAT. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP – Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT niewątpliwie jest błędem w obliczeniu ceny ofertowej, co wielokrotnie było podkreślane przez orzecznictwo i doktrynę.

Odwołujący podkreślił, że ustalenie stawki VAT we właściwej wysokości to obowiązek spoczywający na podatnikach. Obowiązkiem podatnika jest zatem przyporządkowanie sprzedaży towarów czy usług do określonej, właściwej stawki. Oznacza to, że określając wysokość stawki VAT podatnik musi przede wszystkim ustalić, czy sprzedawany przez niego towar lub świadczona usługa nie korzystają z obniżonej stawki lub ze zwolnienia z VAT. Jeśli tak, to powinien zastosować taką stawkę, jaka wynika z przepisów ustawy o VAT.

W złożonej pismem z 30 sierpnia 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i przedstawił argumentację. Zamawiający stanął na stanowisku, że w tym postępowaniu mamy do czynienia z tzw. świadczeniem kompleksowym wobec czego zasadnym jest zastosowanie jednolitej stawki podatku VAT.

W piśmie procesowym z 9 września 2024 r., Odwołujący odniósł się do stanowiska Zamawiającego przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie.

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

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego, w ustawowym terminie, skutecznie zgłosił wykonawca Pagra spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, (dalej: „Przystępujący”).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”), Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest realizacja zadania „Poprawa efektywności energetycznej budynków i obiektów stanowiących własność Gminy Czajków” Zamówienie obejmuje wykonanie: 1. Instalacji fotowoltaicznej na terenie stacji uzdatniania wody w Muchach 2. Instalacji fotowoltaicznej na terenie stacji uzdatniania wody w Czajkowie 3. Instalacji fotowoltaicznej na dachu Urzędu Gminy w Czajkowie 4. Termomodernizacji budynku mieszkalnego 3 lokalowego – Domu Nauczyciela oraz budynku gospodarczego 5. Termomodernizacji budynku Klubu Seniora+ wraz z 3 lokalami mieszkalnymi na poddaszu i kotłownią.

W SWZ wskazano, że zakres postępowania obejmuje m.in.:

- w zakresie termomodernizacji budynku mieszkalnego 3 lokalowego – Domu Nauczyciela oraz budynku gospodarczego: dach, wymiana okien, ocieplenia wewnętrzne, roboty rozbiórkowe, ocieplenie budynku powyżej i poniżej poziomu „0”, odbudowa ganków i tarasów, prace w pomieszczeniu kotłowni prace demontażowe, instalacja centralnego ogrzewania, kotłownia, prace budowlane towarzyszące, demontaże instalacji elektrycznych, montaż tablic, montaż tras kablowych,

oprzewodowanie i montaż osprzętu, montaż opraw oświetleniowych, instalacja sieci strukturalnej, instalacja RTV/SAT, połączenia wyrównawcze, pomiary powykonawcze, • w zakresie termomodernizacji budynku Klubu Seniora+ wraz z 3 lokalami mieszkalnymi na poddaszu i kotłownią: dach i więźba, wymiana okien i drzwi, ocieplenie wewnętrzne, ocieplenie budynku – elewacje powyżej i poniżej poziomu „0”, PZT, prace demontażowe, instalacja centralnego ogrzewania, kotłownia, prace budowlane towarzyszące, demontaże instalacji elektrycznych, montaż tablic, montaż tras kablowych, oprzewodowanie i montaż osprzętu, montaż opraw oświetleniowych, pomiary powykonawcze.

Zamawiający wskazał w treści SWZ, że szczegółowy opis i warunki realizacji zamówienia określa dokumentacja techniczna, przedmiary robót oraz postanowienia umowy.

W pkt 3.6 SWZ, Zamawiający wskazał: „Zamawiający nie dopuszcza składania ofert częściowych. Powody niedokonania podziału zamówienia na części: Roboty budowlane będą prowadzone na ograniczonym terenie, w sposób który ma umożliwić funkcjonowanie przedmiotowych obiektów co wymusza ścisłą koordynację tychże robót. Wobec szacunkowej wartości zamówienia może być ono zrealizowane nawet przez mikro/małego/średniego przedsiębiorcę. Mając na uwadze, że ustawa Prawo przedsiębiorców za małego/średniego przedsiębiorcę uznaje podmiot, który w co najmniej jednym z dwóch ostatnich lat obrotowych zatrudniał średniorocznie mniej niż 50/250 osób oraz osiągnął roczny obrót netto ze sprzedaży towarów, wyborów i usług oraz operacji finansowych nieprzekraczających równowartości w złotych 10 000 000/50 000 000 euro, lub sumy aktywów jego bilansu sporządzonego na koniec jednego z tych lat nie przekroczyły równowartości w złotych 10 000 000/43 000 000 euro, Zamawiający uznał, że skala zamówienia umożliwia ubieganie się o udzielenie zamówienia nawet mikro/małym/średnim przedsiębiorcom również w przypadku nie przewidzenia udzielenia zamówienia w częściach. Argumentami przemawiającymi za takim rozwiązaniem jest również planowany czas realizacji zamówienia i sposób dokonywania płatności. W związku z tym podział zamówienia na części nie poszerzyłby kręgu podmiotów mogących wziąć w nim udział. Zgodnie z uzasadnieniem do Dyrektywy parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE jednym z celów obowiązującej dyrektywy było ułatwienie udziału małych i średnich przedsiębiorstw w zamówieniach publicznych.”.

W pkt 15 SWZ Zamawiający wskazał sposób obliczenia ceny, tj.:

„15.1.Zamawiający będzie brał pod uwagę cenę brutto za wykonanie przedmiotu niniejszego zamówienia. 15.2.Cenę deklaruje się na formularzu oferty załączonym do SWZ, podając: cenę netto, cenę brutto, podatek vat. 15.3.Zaoferowana cena musi zawierać wszelkie koszty Wykonawcy związane z prawidłową i właściwą realizacją przedmiotu zamówienia,

przy

zastosowaniu obowiązujących norm, z uwzględnieniem ewentualnego ryzyka wynikającego z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili składania oferty. 15.4. Cena musi być wyrażona w złotych polskich, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. 15.5. Zastosowanie przez wykonawcę stawki podatku od towarów i usług niezgodnej z obowiązującymi przepisami spowoduje odrzucenie oferty. (...)"

Formularz cenowy stanowił załącznik nr 4 do SWZ, zgodnie z wzorem Formularza cenowego, cenę należało podać w następujący:

„W odpowiedzi na ogłoszenie o ww. postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie podstawowym w imieniu Wykonawcy oferuję wykonanie przedmiotowego zamówienia za następującą

cenę:

Cena netto: (słownie:.....)

Podatek vat:%

Cena brutto: (słownie:.....)"

Na podstawie informacji z otwarcia ofert z 7 sierpnia 2024 r. w postępowaniu złożono

3 oferty:

- a. PRO-ECO sp. z o.o, kwota oferty brutto: 2.315.069,55zł, dodatkowa gwarancja 24 miesiące.
- b. PAGRA Sp. z o.o., kwota oferty brutto: 2.098.000,00zł, dodatkowa gwarancja 24 miesiące.
- c. NAT-BUD Z. W., kwota oferty brutto 2.176.977,00zł, dodatkowa gwarancja 24 miesiące.

Odwolujący wypełnił formularz ofertowy w sposób następujący:

„Cena netto: 1 967 010,65 zł (słownie: jeden milion dziewięćset sześćdziesiąt siedem tysięcy dziewięć i 65/100) Podatek vat: 8% i 23% Cena brutto: 2 315 069,55 (słownie: dwa miliony trzysta piętnaście tysięcy sześćdziesiąt dziewięć i 55/100)“.

Pozostali wykonawcy zaoferowali cenę ze stawką VAT w wysokości 23%.

Zamawiający nie odrzucił żadnej oferty w postępowaniu, a za najkorzystniejszą wybrał ofertę złożoną przez Przystępującego (vide informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z 16 sierpnia 2024 r.).

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, będących podstawą

zarzutów odwołania w przedmiotowej sprawie.

art. 40 ust. 12 ustawy z dnia 11 marca 2004 r., o podatku od towarów i usług dalej: „ustawa o VAT”

12. 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.

art. 40 ust. 12 a ustawy o VAT

12a. 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 ustawie z dnia 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii (Dz.U. z 2023 r. i, funkcjonalnie z nimi związaną, z zastrzeżeniem ust. 12b.

art. 145ef ustawy o VAT

1. W okresie od dnia 1 stycznia 2024 r. do końca roku, w którym suma wydatków wymienionych w art. 40 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 11 marca 2022 r. o obronie Ojczyzny (Dz.U. poz. 2305 oraz z 2023 r. poz. 347, 641, 1615, 1834 i 1872) określonych na ten rok w ustawie budżetowej, w brzmieniu obowiązującym na dzień 31 lipca tego roku, oraz planie finansowym Funduszu Wsparcia Sił Zbrojnych przedłożonym zgodnie z art. 42 ust. 4 ustawy z dnia 11 marca 2022 r. o obronie Ojczyzny albo projekcie tego planu przedstawionym do zatwierdzenia Ministrowi Obrony Narodowej zgodnie z art. 42 ust. 2 i 3 tej ustawy, jeżeli plan ten nie został przedłożony zgodnie z art. 42 ust. 4 tej ustawy, po wyłączeniu planowanych przepływów finansowych w ramach tej sumy wydatków, jest wyższa niż 3% wartości produktu krajowego brutto określonego zgodnie z art. 40 ust. 2 tej ustawy:

1) stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 1 i 13, art. 109 ust. 2, art. 110 i art. 138i ust.

4, wynosi 23%;

2) 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%;

3) stawka zryczałtowanego zwrotu podatku, o której mowa w art. 115 ust. 2, wynosi 7%;

4) stawka ryczałtu, o której mowa w art. 114 ust. 1, wynosi 4%.

art. 2 pkt 2 lit. a) – d) ustawy z dnia 21 listopada 2008 r., o wspieraniu termomodernizacji i remontu budynków oraz centralnej ewidencji emisyjności budynków dalej: „ustawa o termomodernizacji”

2) przedsięwzięcia termomodernizacyjne - przedsięwzięcia, których przedmiotem jest:

a) ulepszenie, w wyniku którego następuje zmniejszenie zapotrzebowania na energię dostarczaną na potrzeby ogrzewania i podgrzewania wody użytkowej oraz ogrzewania do budynków mieszkalnych, budynków zbiorowego zamieszkania oraz budynków stanowiących własność jednostek samorządu terytorialnego służących do wykonywania przez nie zadań publicznych,

b) ulepszenie, w wyniku którego następuje zmniejszenie strat energii pierwotnej w lokalnych sieciach ciepłowniczych oraz zasilających je lokalnych źródłach ciepła, jeżeli budynki wymienione w lit. a, do których dostarczana jest z tych sieci energia, spełniają wymagania w zakresie oszczędności energii, określone w przepisach prawa budowlanego, lub zostały podjęte działania mające na celu zmniejszenie zużycia energii dostarczanej do tych budynków,

c) wykonanie przyłącza technicznego do scentralizowanego źródła ciepła, w związku z likwidacją lokalnego źródła ciepła, w wyniku czego następuje zmniejszenie kosztów pozyskania ciepła dostarczanego do budynków wymienionych w lit. a,

d) całkowita lub częściowa zamiana źródeł energii na źródła odnawialne lub zastosowanie wysokosprawnej kogeneracji;

art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp

1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)

10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;

lżba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutów odwołania, odnotowania wymaga, że Odwołujący zasadność swojego stanowiska uparuje w twierdzeniu, że „opis robót do wykonania informują, że roboty budowlane będą prowadzone również w części mieszkalnej budynków, w związku z czym zasadne jest zastosowanie (poza 23% stawką VAT) 8% stawki VAT. W przypadku Domu Nauczyciela jeden z budynków jest w całości budynkiem mieszkalnym, natomiast w przypadku Klubu Seniora – obiekt ten obejmuje również 3 lokale mieszkalne na

poddaszu tego budynku”.

Ponadto Odwołujący powołał się na str. 6 projektu Klubu Seniora i Domu nauczyciela oraz na strony tytułowe tych projektów, gdzie wskazano, że Klub Seniora został zakwalifikowany do następujących kategorii obiektów budowlanych: I oraz IX, natomiast Dom Nauczyciela zakwalifikowano do kategorii I oraz III.

Jak wynika z załącznika do ustawy z 7 lipca 1997 r., prawo budowlane kategoria I obejmuje budynki mieszkalne jednorodzinne, kategoria III dotyczy innych niewielkich budynków, jak: domy letniskowe, budynki gospodarcze, garaże do dwóch stanowisk włącznie, natomiast do kategorii IX zalicza się: budynki kultury, nauki i oświaty, jak: teatry, opery, kina, muzea, galerie sztuki, biblioteki, archiwa, domy kultury, budynki szkolne i przedszkolne, żłobki, kluby dziecięce, internaty, bursy i domy studenckie, laboratoria i placówki badawcze, stacje meteorologiczne i hydrologiczne, obserwatoria, budynki ogrodów zoologicznych i botanicznych.

Odwołujący lakonicznie wskazał w odwołaniu, że w obu wymienionych budynkach, na podstawie dokumentacji postępowania możliwe było ustalenie m² do zastosowania odpowiednich stawek VAT, jednak Odwołujący nie wskazał szczegółowego zakresu tej części zamówienia, wobec którego należało w ocenie Odwołującego zastosować 8% VAT, a także nie wskazał szczegółowo zakresu zamówienia, jaki powinien być opodatkowany stawką 23% VAT. Dopiero na rozprawie, w odpowiedzi na pytania Izby, w oparciu o dokumentację postępowania, Odwołujący podał określone wartości procentowe odnoszące się do powierzchni mieszkalnej i pozostałej powierzchni w Klubie Seniora oraz w Domu Nauczyciela, jednak w odwołaniu takiej argumentacji nie podano.

W ocenie Izby argumentacja podana w odwołaniu nie jest wystarczająca dla uznania w sposób niebudzący wątpliwości, że w tym postępowaniu sporny zakres prac objęty postępowaniem powinien być w części opodatkowany stawką 8% VAT. Konsekwencją uznania odwołania byłoby nakazanie odrzucenia ofert z pierwszego i drugiego miejsca rankingu ofert, jako zawierających błąd w obliczeniu ceny, a taka ocena powinna mieć miejsce na podstawie okoliczności nie budzących wątpliwości. Odwołujący w swoim odwołaniu nie zdołał natomiast w sposób niewątpliwy wykazać, że zawarte w nim twierdzenia są zasadne w okolicznościach tej sprawy. Po pierwsze, argumentacja odwołania nie jest kompleksowa. Mimo twierdzenia, że dokumentacja postępowania pozwala precyzyjnie ustalić zakres zamówienia podlegający opodatkowaniu stawką 8% VAT oraz podlegający opodatkowaniu stawką 23% VAT, Odwołujący nie podjął takiej analizy. Z treści samej oferty Odwołującego również nie sposób wywieść w jaki sposób dokonał on rozdziału spornej części zamówienia ze względu na zastosowanie obu stawek podatku VAT. Po drugie, Odwołujący w swoim stanowisku wskazanym w odwołaniu dokonał szczegółowej analizy

przepisów z których wywodzi zasadność zastosowania w tym postępowaniu, do części spornego zakresu, stawki VAT 8%, jednak stanowisko to zostało zaprezentowane w ocenie Izby w oderwaniu od okoliczności tej sprawy. Odwołujący bowiem nie dostrzega, że choć Zamawiający w treści dokumentacji zamówienia nie wskazał stawki podatku VAT, to jednak zaprojektował to postępowanie jako jednolite. Jak wynika bowiem z ustaleń faktycznych poczynionych na podstawie dokumentów zamówienia, Zamawiający skonstruował Formularz ofertowy w sposób sugerujący podanie jednej stawki VAT. Ewentualna możliwość modyfikacji treści formularza ofertowego wynikała z treści pkt 15.9 SWZ, który stanowi: „Wzór formularza ofertowego został opracowany przy założeniu, iż wybór oferty nie będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego w zakresie podatku VAT. W przypadku, gdy Wykonawca zobowiązany jest złożyć oświadczenie o powstaniu u Zamawiającego obowiązku podatkowego, to winien odpowiednio zmodyfikować treść formularza o informacje zawarte w pkt. 15.8.”. Ponadto, jak wynika wprost z treści pkt 3.6 SWZ, Zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych. W formularzu ofertowym należało podać jedną cenę za całość zamówienia, tj. za wszystkie jego zakresy.

W tych okolicznościach Izba nie znalazła podstaw, aby zastosować wobec wykonawców, którzy wywnioskowali na podstawie dokumentacji zamówienia, że należy zastosować jedną stawkę podatku VAT, najbardziej dotkliwej sankcji w postaci odrzucenia złożonych przez nich ofert. Dokumentacja zamówienia, w tym postanowienia SWZ a także wzór oferty sugerowały bowiem, że należy całość przedmiotu zamówienia opodatkować jedną stawką podatku VAT. W treści formularza cenowego nie było bowiem przestrzeni na to, aby zastosować dwie różne stawki podstawki VAT w zależności od tego, jakiego rodzaju budynku dotyczy wycena. Wykonawcy mieli podać jedną cenę za całość przedmiotu zamówienia, nie zaś odrębne ceny za poszczególne budynki w poszczególnych lokalizacjach. Jednocześnie w treści pkt 15.9 Zamawiający wskazał w jakim zakresie można zmodyfikować formularz ofertowy. Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby nie można uznać za błędne zastosowanie do całości zamówienia stawki VAT w wysokości 23%. Zwrócić bowiem należy uwagę, że Odwołujący kwestionuje tylko objęcie tą stawką części zakresu zamówienia tj. budynków znajdujących się w dwóch lokalizacjach, które zostały częściowo zakwalifikowane do kategorii I. Niemniej jednak zamówienie obejmuje, oprócz spornych budynków, również budynki znajdujące się w trzech innych lokalizacjach, gdzie należy wykonać instalację fotowoltaiczną. W związku z powyższym wykonawcy byli uprawnieni, w ocenie Izby, w okolicznościach tej sprawy zastosować do całości zamówienia jedną stawkę podatku VAT. Przy czym zwrócić należy uwagę, że w treści odwołania, Odwołujący nie kwestionuje, że do pozostałego zakresu właściwą jest stawka 23% VAT, a w treści pisma z 9 września 2024 r., Odwołujący wskazał wprost: „PRO-ECO sp. z o.o. zatem podkreśla, że w odwołaniu nie zarzuciła, iż 23% stawka VAT jest niezgodna z przepisami, lecz zarzuciła, że

zastosowanie wyłącznie 23% stawki VAT stanowiło błąd w obliczeniu ceny ofertowej, albowiem zasadne było jeszcze zastosowanie (poza 23%) 8% stawki VAT”. Stąd też Izba w okolicznościach tej sprawy nie znalazła podstaw aby wyciągać negatywne konsekwencje w postaci odrzucenia ofert Przystępującego i wykonawcy, którego oferta znalazła się na drugim miejscu rankingu ofert.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie, Izba częściowo uznała ją za zasadną w okolicznościach tej sprawy, choć podkreślenia wymaga, że o oddaleniu odwołania przede wszystkim zdecydowała treść uzasadnienia zarzutów, o czym była mowa wyżej, a także ocena Izby wskazana wyżej. Dodatkowo również, Izba wzięła pod uwagę stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym nie było możliwe w sposób niewątpliwy ustalenie na podstawie dokumentacji zamówienia zakresu, jaki należało opodatkować stawką 8% VAT. W ocenie Izby, o czym była już mowa wyżej, Odwołujący w odwołaniu nie wykazał jaki sporny zakres zamówienia powinien zostać opodatkowany stawką 8%, a tym samym, uznała że Odwołujący co najmniej nie wykazał czy i w jaki sposób taki zakres można w oparciu o dokumenty zamówienia ustalić. Izba wzięła również pod uwagę stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym stawka podatku VAT 23% jest stawką podstawową, zatem w razie wątpliwości jest to stawka „bezpieczna” do zastosowania. Mając na uwadze, że wzór Formularza ofertowego sugerował podanie jednej stawki podatku VAT, Przystępujący i wykonawca którego oferta zajęła drugie miejsce, byli uprawnieni w okolicznościach tej sprawy zastosować jednolitą stawkę podatku VAT w wysokości 23%. Izba nie podziela zaprezentowanej przez Zamawiającego w treści odpowiedzi na odwołanie koncepcji świadczenia kompleksowego w odniesieniu do przedmiotowego postępowania o zamówienie. Jednak nie stoi to na przeszkodzie oddaleniu odwołania, gdyż - jak wskazano wyżej, niewątpliwie okoliczności tej sprawy wskazują, że Zamawiający traktował to zamówienie jako jednolite, a Formularz ofertowy

sugerował zastosowanie jednej stawki podatku VAT i mając na uwadze, że przedmiotem sporu jest tylko część zakresu zamówienia dotycząca budynków zakwalifikowanych do kategorii I, wykonawcy którzy zastosowali jednolitą stawkę VAT w wysokości 23%, byli do tego w okolicznościach tej sprawy uprawnieni.

Na zakończenie warto odnotować, że w treści pkt 3.6 SWZ, Zamawiający podał powody zaniechania podziału zamówienia na części. Odwołujący mógł więc w przewidzianym do tego terminie kwestionować zaprojektowanie tego postępowania jako zamówienia jednolitego i forsować jego podział na części, który pozwoliłby wycenić każdą lokalizację oddzielnie i zastosować odmienne stawki podatku VAT w zależności od charakteru danego budynku i jego przeważającej części (relacja części mieszkalnej uzasadniającej 8% VAT do pozostałej części). Wreszcie, w razie wątpliwości należało zwrócić się do Zamawiającego z odpowiednim zapytaniem, co również jak Strony zgodnie

wskazały, nie miało miejsca. Stąd też stanowisko wskazane na str. 4 pisma procesowego z 9 września 2024 r. jest na obecnym etapie postępowania co najmniej spóźnione, choć jednocześnie pokazuje w sposób wyraźny, że skoro taki podział nie został przez Zamawiającego w Formularz ofertowym wskazany, to w tych okolicznościach zastosowanie przez dwóch innych wykonawców jednolitej stawki VAT w wysokości 23% nie stanowi błędu w obliczeniu ceny.

Mając na uwadze powyższe złożony przez Odwołującego podczas rozprawy dowód w postaci interpretacji indywidualnej z 16 marca 2018 r. nie miał znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Dowód ten dotyczy zapytania o prawidłową stawkę podatku VAT w przypadku zamówienia na prace budowlane dotyczące całego budynku, w którym znajdują się zarówno lokale mieszkalne jak i lokale użytkowe. W interpretacji potwierdzono możliwość zastosowania stawki preferencyjnej, tj. 8% VAT kierując się okolicznością, iż przeważała powierzchnia mieszkalna oraz faktem, iż budynek jako całość został sklasyfikowany jako objęty społecznym programem mieszkaniowym. Okoliczności tej sprawy są inne, ponieważ tu sporne budynki nie stanowią odrębnego przedmiotu zamówienia, lecz stanowią część zamówienia uznawaną przez Zamawiającego jako pewna całość, jako zamówienie jednolite. Stąd też Izba nie znalazła podstaw aby dowód ten odnosić wprost do stanu faktycznego tej sprawy. Natomiast na uwagę zasługuje okoliczność, że również z tego dowodu wynika, iż organ przesądził możliwość zastosowania do całego zamówienia jednej stawki podatku VAT, a nie dwóch różnych, stąd też z tego powodu Izba uznała, że dowód ten nie może potwierdzać stanowiska Odwołującego, który w treści odwołania wskazał wprost, że do części zakresu prac w spornych budynkach zastosowanie mieć będzie stawka 8%, a do pozostałego zakresu stawka 23%.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 związku z § 2 ust. 2 pkt 1 w zw. z §5 pkt 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca: