Sygn. akt: KIO 3273/24

WYROK

Warszawa, 4 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Chudzik

Protokolantka:

Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 9 września 2024 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane IMBUD J. i J. G. Sp. j. z siedzibą w Tarnowie,

w postępowaniu prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Brzesku,

uczestnicy po stronie Zamawiającego:

1) E. B. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana "Tokel" E. B.,

2) Jawor Sp. z o.o. z siedzibą w Brzesku,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane IMBUD J. i J. G. Sp. j. z siedzibą w Tarnowie i 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.

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 3273/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Brzesku – prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Modernizacja Oddziału Urologii w Samodzielnym Publicznym Zespole Opieki Zdrowotnej w Brzesku. Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 1 sierpnia 2024 r. pod numerem 2024/BZB 00440112.

W dniu 9 września 2024 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane IMBUD J. i J. G. Sp. j. wniósł odwołanie wobec czynności unieważnienia postepowania oraz zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- art. 255 pkt 6 ustawy Pzp przez jego błędne zastosowanie jako podstawy unieważnienia postepowania, w wyniku błędnego przyjęcia, że postępowanie jest obarczone

niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej

unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, mimo że opis przedmiotu zamówienia nie zawierał wady w zakresie wskazania stawki podatku VAT;

- art. 239 ust.1 ustawy Pzp, przez zaniechanie dokonania weryfikacji złożonych ofert i odstąpieniu od wyboru najkorzystniejszej oferty, mimo że Odwołujący złożył prawidłową ofertę.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności

unieważnienia postępowania oraz dokonania czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

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.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpili wykonawcy: E. B. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Firma Budowlana "Tokel" E. B. oraz Jawor Sp. z o.o. Izba stwierdziła, że ww. wykonawcy zgłosili przystąpienia do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z rozdz. 3 SWZ, przedmiot zamówienia obejmuje następujące roboty:

1) wykucie otworów w ścianach;

2) wymiana instalacji elektrycznej i przyzywowej;

3) montaż ścianek systemowych;

4) montaż urządzeń sanitarnych;

5) montaż ościeżnic i skrzydeł drzwiowych;

6) prace malarskie;

7) ułożenie wykładzin;

8) instalacja gazów medycznych;

9) instalacja klimatyzacji;

10) roboty rozbiórkowe.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera dokumentacja projektowa, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót oraz przedmiary robót, które stanowią załącznik nr 1 do SWZ.

W kosztorysach ślepych składających się na opis przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał dla wszystkich rodzajów robót, w tym dotyczących gazów medycznych (kosztorys branży sanitarnej), stawkę VAT w wysokości 23%.

W rozdz. 6 SWZ zamawiający określił m.in. następujące wytyczne dotyczące sposobu obliczenia ceny oferty:

> 6.1. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie dokumentacji projektowej, stanowiącej Załącznik nr 1 do nin. SWZ, w tym przedmiarów robót, wchodzących w skład Załącznika nr 1 do SWZ. (…)
>
> 6.4. Cena oferty musi zawierać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające wprost z dokumentacji projektowej, jak również w niej nie ujęte z powodu wad dokumentacji projektowej wynikających z jej niezgodności z zasadami wiedzy technicznej lub

stanem faktycznym, a bez których nie można wykonać zamówienia. Będą to między innymi następujące koszty: podatku VAT, wykonania wszelkich robót budowlanych niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia i uzyskania pozwolenia na użytkowanie, wykonania wszelkich robót przygotowawczych, wykończeniowych i porządkowych, zorganizowania, zagospodarowania i późniejszej likwidacji placu budowy, zabezpieczenia placu budowy, zorganizowania i utrzymania zaplecza budowy, koszty wykonania dokumentacji powykonawczej, koszty związane z odbiorami wykonanych robót, posprzątania terenu budowy po zakończeniu realizacji robót budowlanych i innych czynności wynikających z umowy, jak również koszty wszelkich innych prac niezbędnych do wykonania i prawidłowej eksploatacji przedmiotu zamówienia. (…)

> 6.6. Cena oferty brutto jest ceną całkowitą obejmującą wszystkie koszty i składniki związane z realizacją zamówienia, w tym podatek VAT, a także ewentualne upusty i rabaty.

W postępowaniu zostało złożonych 6 ofert, przy czym 5 wykonawców obliczyło cenę oferty z uwzględnieniem stawki VAT 23% w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia, a Odwołujący przyjął dla robót dotyczących gazów medycznych w kosztorysie branży sanitarnej stawkę 8%.

Pismem z 4 września 2024 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 6

ustawy Pzp, przedstawiając następujące uzasadnienie faktyczne:

W dokumentach zamówienia – kosztorysach ślepych, udostępnionych przez Zamawiającego do opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający wskazał przyjętą przez siebie stawkę 23% VAT. (…)

Po otwarciu złożonych w nin. postępowaniu ofert, w toku czynności ich badania, Zamawiający po zapoznaniu się ze stanowiskiem jednego z Wykonawców, uzyskanym w trybie wyjaśnień treści oferty oraz po wnikliwej analizie orzecznictwa, ustalił, że niniejsze postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą polegającą na błędnym określeniu przez Zamawiającego wysokości stawki podatku VAT dla przedmiotu zamówienia, tj. rodzaj robót: Gazy medyczne, w branży sanitarnej. Zgodnie z ugruntowana linią orzeczniczą, wykonanie robót budowlanych i dostawa sprzętu medycznego, stanowią bowiem dwa odrębne świadczenia i w taki sposób powinny zostać prawidłowo opodatkowane. Powyższe oznacza, że roboty budowlane w zakresie wykonania instalacji gazów medycznych winny prawidłowo być opodatkowane wg preferencyjnej stawki VAT, tj. 8%, a pozostałe roboty budowlane – wg standardowej stawki – 23 % VAT (por. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 28 czerwca 2011 r., sygn.. akt I FSK 958/10, Wyrok KIO z dnia 03.12.2014 r., sygn.. KIO 2433/14, 0112-KDIL1-3.4012.460.2018.2.AP

Interpretacja indywidualna Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej). Wobec zaistnienia przedmiotowej pomyłki, złożone przez Wykonawców w nin. postępowaniu oferty, stały się nieporównywalne, ponieważ część Wykonawców, wskutek wprowadzenia w błąd przez Zamawiającego, przyjęło do wyceny stawkę 23% VAT dla całości przedmiotu zamówienia, natomiast jeden z Wykonawców – przyjął dla rodzaju robót: Gazy medyczne, w kosztorysie branży sanitarnej, stawkę 8% VAT.

Zgodnie z art. 286 ust. 1 ustawy Pzp, wszelkie zmiany treści SWZ powinny być dokonywane przed upływem terminu składania ofert, wobec czego Zamawiający nie mógł dokonać zmiany stawki podatku VAT wskazanej w dokumentach zamówienia. Jednocześnie Zamawiający nie miał podstaw prawnych do poprawienia w ofertach Wykonawców, którzy przyjęli stawkę 23% VAT dla całości zamówienia, ponieważ Wykonawcy ci, kierowali się wiążącymi wytycznymi Zamawiającego, zawartymi w dokumentach zamówienia.

Błędnie zastosowana stawka podatku VAT wskutek wprowadzenia przez Zamawiającego, Wykonawców w błąd, co do wysokości tej stawki dla poszczególnych robót wchodzących w skład przedmiotu zamówienia, stanowi wadliwość postępowania niepodlegającą poprawieniu, ponieważ prowadzi do błędu w obliczeniu ceny ofert.

(…) W toku badania ofert złożonych w nin. postępowaniu, Zamawiający ustalił, iż opis przedmiotu zamówienia, na który składał się m.in. projekt budowlany, projekt wykonawczy, STWiORB oraz przedmiary, sporządzone zostały w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny. Dopiero na etapie badania ofert, Zamawiający stwierdził, iż oferty złożone przez Wykonawców w nin. postępowaniu zostały skalkulowane na podstawie błędnych założeń, nieadekwatnych do faktycznych potrzeb Zamawiającego. Rozbieżności w ofertach Wykonawców dotyczyły m.in. różnych ilości paneli medycznych wycenionych przez Wykonawców. (…)

Nie jest możliwe dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy złożone oferty nie dają się obiektywnie porównać. Takie działanie naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Oceniając czynność unieważnienia przedmiotowego postępowania na wstępie należy wskazać, że kwestia stawki podatku VAT nie była jedyną podstawą faktyczną tego unieważnienia. Zgodnie z przedstawioną przez zamawiającego informacją, drugą z tych podstaw było niejednoznaczne opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie ilości paneli medycznych, co doprowadziło do tego, że poszczególni wykonawcy skalkulowali różne ilości tych paneli. Okoliczność ta nie została objęta zarzutami odwołania. Podkreślenia wymaga, że jeśli odwołujący chciał doprowadzić do unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, to powinien zakwestionować wszystkie podstawy faktyczne tej czynności. Skoro tego nie zrobił, Izba nie mogła oceniać unieważnienia w zakresie szerszym niż objęty odwołaniem, zgodnie bowiem z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zarzut natomiast określa nie tylko wskazana w odwołaniu podstawa prawna, ale również okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Izba nie oceniała zatem, czy kwestia ilości paneli medycznych stanowi zasadną podstawę unieważnienia postępowania. W tej sytuacji unieważnienie postępowania w tym zakresie, jako niezaskarżone, stało się ostateczne i już tylko z tego powodu Izba nie mogłaby nakazać zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

W odniesieniu do unieważnienia postępowania z uwagi na błędne wskazanie stawki podatku VAT, nie jest sporne między stronami, że stawka 23% dla całego przedmiotu zamówienia jest nieprawidłowe oraz że gazy medyczne podlegają stawce preferencyjnej. Istotą sporu było to, czy ta błędna stawka została przez zamawiającego wskazana w dokumentach zamówienia w sposób wpływający na sporządzenie ofert i czy błąd ten mógł zostać wyeliminowany bez unieważnienia postępowania.

Oceniając powyższą kwestię Izba wzięła pod uwagę, że postanowienia SWZ należy czytać całościowo. Zamawiający wskazał w tych postanowieniach stawkę podatku VAT dla przedmiotu zamówienia, nie ma natomiast rozstrzygającego znaczenia, w którym miejscu SWZ to zrobił. Izba nie podziela stanowiska odwołującego, jakoby dyspozycja co do oczekiwanej przez Zamawiającego stawki podatku VAT powinna być określona bezpośrednio w formularzu ofertowym

bądź w części SWZ dotyczącej sposobu obliczenia ceny, a wskazanie tej stawki w innym miejscu dokumentacji zamówienia (w tym przypadku w kosztorysach ślepych) jest pozbawione znaczenia.

Podkreślenia wymaga, że w rozdz. 3 SWZ zamawiający wprost wskazał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera dokumentacja projektowa, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót oraz przedmiary robót, które stanowią załącznik nr 1 do SWZ, a kosztorysy ślepe stanowiły element tego załącznika. Nie ulega zatem wątpliwości, że kosztorysy ślepe – nawet jeśli nie były samodzielną podstawą kalkulacji ceny

ofertowej oferty – to stanowiły część dokumentacji zamówienia. Zasadne jest więc założenie, że wykonawcy, działając w zaufaniu do poprawności tej dokumentacji, brali pod uwagę treść kosztorysów ślepych, w przekonaniu, że niedostosowanie oferty do wskazanej w nich stawki podatku VAT może skutkować dla nich negatywnymi konsekwencjami. O wpływie zamieszczenia stawki podatku VAT w kosztorysach ślepych na sporządzenie ofert może świadczyć fakt, że aż pięciu z sześciu wykonawców uwzględniło to wskazanie w swoich ofertach. Z kolei skalkulowanie ofert przy zastosowaniu różnych stawek VAT skutkowało niepoprawnością i nieporównywalnością ofert, co mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

W ocenie Izby, popełnionego przez zamawiającego błędu polegającego na wskazaniu w kosztorysie ślepym dla branży sanitarnej nieprawidłowej stawki podatku VAT, nie da się wyeliminować w sposób zgodny z prawem inaczej niż przez unieważnienie postępowania. W zaistniałej sytuacji nie ma możliwości poprawienia ofert wykonawców, którzy dostosowali się do wskazania zamawiającego. O poprawieniu oferty w zakresie stawki podatku VAT może być bowiem mowa przypadku, gdy zamawiający wskazuje w SWZ prawidłową stawkę tego podatku, a wykonawca składa ofertę niezgodną z tym wskazaniem. Nie ma natomiast żadnych podstaw do poprawienia oferty odpowiadającej nieprawidłowej treści dokumentacji zamówienia. Nie można też odrzucić ofert wykonawców, którzy skalkulowali oferty kierując się wytycznymi przedstawionymi przez zamawiającego w dokumentach zamówienia – odrzucenie takich ofert stanowiłoby naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych.

Następnie stwierdzić należy, że o zasadności odwołania nie może świadczyć sam fakt, że w uzasadnieniu unieważnienia postępowania zamawiający nie podał wprost przepisu prawa, który stanowiłby podstawę ewentualnego unieważnienia zawartej umowy. Braki uzasadnienia w tym zakresie nie mogą być uznane za dyskwalifikującego, biorąc pod uwagę, że zamawiający wskazał okoliczności faktyczne prowadzące do takiego skutku. Zamawiający podał, że oferty były nieporównywalne oraz że wybór oferty naruszałby zasady udzielania zamówień, wskazał więc, że popełniony błąd miał potencjalny wpływ na wynik postępowania. Ponadto, wbrew twierdzeniom odwołującego, katalog podstaw unieważnienia postępowania nie ogranicza się wyłącznie do podstaw wskazanych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący pominął, że art. 457 ust. 5 tej ustawy daje możliwość unieważnienia umowy na podstawie art. 70^5 Kc, czyli w przypadku niezgodnego z prawem wpływu na wynik postępowania. Odwołujący nie zakwestionował możliwości unieważnienia postępowania z powodu jego wadliwości polegającej na wskazaniu niezgodnej z prawem stawki podatku VAT, nie tylko przekładającej się na ceny ofert, ale również powodującej niezgodność niektórych ofert z przepisami prawa, co w konsekwencji ma znaczenie dla wyniku postępowania.

Wobec powyższego, przyjmując nawet, że uzasadnienie unieważnienia postępowania mogłoby być w warstwie prawnej bardziej szczegółowe, to wskazane w tym uzasadnieniu okoliczności faktyczne potwierdzają konieczność takiego unieważnienia. Z kolei uwzględnienie odwołania tylko z powodu mankamentów tego uzasadnienia, które nie mają zasadniczego znaczenia, byłoby niecelowe, gdyż i tak finalnie nie ma innego sposobu zakończenia przedmiotowego postępowania, niż jego unieważnienie.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Odwołującego.

Przewodnicząca: ……