

WYROK

Warszawa, dnia 28 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2024 r. przez wykonawcę Grupa Szybud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka jawna z siedzibą w Kłomnicach

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojewódzki Szpital Specjalistyczny

im. Najświętszej Maryi Panny w Częstochowie,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Częstobud Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – wykonawcę Grupa Szybud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka jawna z siedzibą w Kłomnicach i:

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 667 zł 00 gr (sześćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem dojazdu na rozprawę oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) uiszczoną przez uczestnika postępowania odwoławczego – wykonawcę Częstobud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

2.2. Zasądza od odwołującego – wykonawcy Grupa Szybud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka jawna z siedzibą w Kłomnicach na rzecz uczestnika postępowania odwoławczego – wykonawcy Częstobud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez uczestnika postępowania odwoławczego.

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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 3664/24

Uzasadnienie

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Najświętszej Maryi Panny w Częstochowie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „zaprojektowanie i wykonanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej wraz z nadzorem autorskim oraz wykonaniem robót budowlanych w celu przebudowy oraz rozbudowy pomieszczeń Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Najświętszej Maryi Panny”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 4 lipca 2024 r., pod numerem 2024/BZP 00395627/01.

W dniu 7 października 2024 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca Grupa Szybud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka jawna z siedzibą w Kłomnicach, zwany dalej „Odwołującym” lub „wykonawcą Grupa Szybud”, wniósł odwołanie na niezgodne z przepisami ustawy PZP czynności i zaniechania czynności przez Zamawiającego w postępowaniu, tj.:

1) wybór oferty wykonawcy Częstobud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

- w Częstochowie (dalej jako „wykonawca Częstobud”) jako oferty uznanej za najkorzystniejszą,
- 2) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Częstobud jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny,
 - 3) zaniechania wezwania wykonawcy Częstobud do wyjaśnienia treści oferty w zakresie ceny i przyjętych stawek podatku VAT.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Częstobud w sytuacji, gdy oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny – wykonawca Częstobud nie określił ceny oraz składników cenotwórczych przy uwzględnieniu prawidłowej stawki podatku VAT (zarzut nr 1),
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Częstobud, w sytuacji, gdy treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ wykonawca Częstobud wycenił poz. „Instalacje sanitarne” oraz „Instalacje elektryczne w tym ppoż” stosując mieszane (8 % i 23 %) stawki VAT, bez wyszczególnienia z osobna składowych oferty, którym przypisał poszczególne stawki podatku VAT (zarzut nr 2),
- 3) art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 128 ust. 1 w zw. z art. 125 ust. 1 w zw. z art. 239 ust. 1 w zw. z art. 266 ustawy PZP poprzez błędne przyjęcie, że Zamawiający nie jest zobowiązany do należytego badania i oceny ofert, zgodnie z zasadami konkurencyjności i równego traktowania oraz zasadą przejrzystości, a co za tym idzie uprawniony jest do zaniechania wezwania wykonawcy Częstobud do złożenia wyjaśnień odnośnie treści oferty odnoszącej się do zastosowanych stawek podatku VAT pomimo, że w postępowaniu oferty wykonawców zawierają różne stawki podatku VAT w odniesieniu do tych samych pozycji kalkulacji cenowej (zarzut nr 3),
- 4) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP poprzez zaniechanie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego w sytuacji, gdy oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymagania SWZ i jest ofertą najkorzystniejszą w poszczególnych kryteriach oceny ofert oraz dokonanie wyboru najkorzystniejszej przez wykonawcę Częstobud w sytuacji, gdy jego oferta podlega odrzuceniu (zarzut nr 4).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) odrzucenia oferty wykonawcy Częstobud, ewentualnie, gdyby Izba uznała, że odrzucenie oferty wykonawcy Częstobud byłoby przedwczesne, wezwania wykonawcy Częstobud do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy PZP dotyczących sposobu kalkulacji ceny i treści złożonej oferty w zakresie wyceny poz. „Instalacje sanitarne” oraz „Instalacje elektryczne w tym ppoż”,
- 3) ponowną ocenę i badanie ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika.

Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Częstobud jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny oraz niezgodnej z warunkami zamówienia podał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądów powszechnych przyjęcie do obliczenia ceny nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi o błędzie w obliczeniu ceny, którego nie można poprawić. Niedopuszczalne jest uznanie za oczywistą omyłkę rachunkową wskazanie błędnej stawki VAT. Jest to błąd w obliczeniu ceny skutkujący odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, chyba że jest to „inna omyłka”, możliwa do poprawienia zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP. Natomiast „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. Odwołujący dodał, że także Krajowa Izba Odwoławcza w wyrokach podkreśla, że przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku VAT do obliczenia ceny skutkuje jej błędnym obliczeniem i brakiem możliwości jej porównania z pozostałymi cenami, prawidłowo obliczonymi. Jednocześnie zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca zawsze ma prawo zastosować podstawową stawkę podatku VAT, zaś możliwość zastosowania stawki VAT 8% to uprawnienie a nie obowiązek wykonawcy. Przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT 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.

Następnie Odwołujący wskazał, że zsumowanie przez wykonawcę Częstobud w pozycjach „Instalacje sanitarne” oraz „Instalacje elektryczne w tym ppoż.” wartości podatku VAT z zastosowaniem różnych stawek podatkowych, bez wyszczególnienia jakiemu zakresowi objętemu daną pozycją wykonawca Częstobud przypisał daną stawkę, uniemożliwia Zamawiającemu ocenę prawidłowości przyjętej w ofercie stawki podatku VAT. Odwołujący podkreślił, że

wykonawca ma obowiązek zastosować prawidłową stawkę VAT, a więc nie jest uprawnieniem wykonawcy dokonanie wyboru stawki VAT przy kalkulacji ceny ofertowej. Ewentualne zastosowanie przez wykonawcę stawki VAT 23% zamiast 8% (lub na odwrót) w świetle obowiązujących przepisów podatkowych byłoby niedopuszczalne. Skoro w postępowaniu zostały złożone oferty nieporównywalne, a Zamawiający zaniechał zwrócenia się o wyjaśnienie szczegółów kalkulacji cenowej do wykonawcy Częstobud Odwołującemu niejako pozostaje zgadywać, nie tylko które elementy cenotwórcze objęte zostały stawkami obniżoną lub podstawową w sposób prawidłowy albo nieprawidłowy, ale także nie może on zweryfikować poprawności rachunkowej oferty wykonawcy Częstobud. Działania matematyczne obejmujące wartości ceny netto i brutto oraz zsumowanego podatku VAT bez przypisania stawek podatkowych nie są możliwe. W opinii Odwołującego z racji tego, że Zamawiający w treści formularza ofertowego w części odnoszącej się do kalkulacji ceny wymagał wskazania zarówno wartości netto, stawki podatku VAT, wartości podatku VAT oraz wartości brutto, pozwalającej na dokonanie weryfikacji poprawności obliczeń oferowanej ceny, wykonawca Częstobud przedłożył ofertę sporządzoną niezgodnie z tymi warunkami, tj. w sposób nieodpowiadający wymaganiom Zamawiającego co do danych wymaganych w tabeli kalkulacji ceny.

W uzasadnieniu zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy Częstobud do wyjaśnienia treści oferty w zakresie ceny i przyjętych stawek podatku VAT Odwołujący podał, że Zamawiający w postępowaniu nie wskazał stawek podatku VAT w odniesieniu do poszczególnych pozycji kalkulacji cenowej („Roboty budowlane”, „Instalacje sanitarne” oraz „Instalacje elektryczne w tym ppoż”). Jednocześnie Odwołujący podał, że Zamawiający musi wiedzieć jaka stawka podatku VAT obowiązuje w postępowaniu, aby wiedzieć czy i którą ofertę należy odrzucić za błąd w obliczeniu ceny. Określenie w treści złożonej oferty błędnej stawki VAT oraz obliczenie na podstawie tej stawki VAT jako składnika ceny brutto stanowi błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w przepisie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki określonej w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP. Zamawiający w świetle dyspozycji art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP ma obowiązek weryfikacji zaoferowanej ceny pod kątem ustalenia, czy nie zawiera ona błędów w obliczeniu ceny w zakresie określenia właściwej stawki VAT. Ustawa PZP daje uprawnienie zamawiającym żądania od wykonawców w toku badania i oceny ofert wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy PZP. Odwołujący zauważył, że ustawodawca pozostawił zamawiającemu swobodę w ustaleniu, kiedy takie wątpliwości co do treści złożonej oferty występują, niemniej zamawiający jest zobowiązany do wystąpienia do wykonawcy z żądaniem złożenia wyjaśnień, kiedy wystąpienie niezgodności z SWZ jest niewątpliwe. W toku wyjaśnień niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w treści ofert, z zastrzeżeniem możliwości poprawiania omyłek zgodnie z art. 223 ust. 2 ustawy PZP. Odwołujący podniósł, że pomimo wystąpienia przesłanek – stwierdzenia różnic w stawkach podatku VAT zaoferowanych w odniesieniu do pozycji cenowych „Roboty budowlane”, „Instalacje sanitarne” oraz „Instalacje elektryczne w tym ppoż” – Zamawiający nie skierował w postępowaniu na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy PZP wezwania do wykonawcy Częstobud, w konsekwencji czego naruszył również przewidziane w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (pkt 1) oraz zasadę przejrzystości (pkt 2), które odnoszą się też do przeprowadzenia postępowania o udzielenia zamówienia, więc także do czynności badania i oceny ofert, w ramach której występuje ocena zgodności ofert z warunkami zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutu zaniechania dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej Odwołujący wskazał, że kierując się dokumentami zamówienia, w tym PFU i wyjaśnieniami SWZ, a także obowiązującymi przepisami prawa podatkowego, uwzględnił on w swojej ofercie, obok pozycji „Instalacje sanitarne” oraz „Instalacje elektryczne w tym ppoż.” objętych podstawową stawką VAT 23 %, dodatkowe pozycje: (5) „Gazy 8 %” oraz (6) „Sprzęt”, przypisując im prawidłowo stawkę preferencyjną 8 %, mającą zastosowanie w odniesieniu do instalacji gazów medycznych oraz sprzętu będącego wyrobami medycznymi, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Odwołujący podał, że stawka VAT 8 % znajduje zastosowanie do wyrobów medycznych spełniających wymagania aktualnych przepisów unijnych dopuszczonych do obrotu na terytorium Polski, natomiast podstawę prawną zastosowania tej stawki stanowią art. 41 ust. 2 oraz art. 146aa ust. 1 pkt 2 w zw. z poz. 13 załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, obejmującego stawką 8 % wyroby medyczne, wyposażenie wyrobów medycznych, systemy i zestawy zabiegowe, w rozumieniu przepisów rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/745 z dnia 5 kwietnia 2017 r. w sprawie wyrobów medycznych, zmiany dyrektywy 2001/83/WE, rozporządzenia (WE) nr 178/2002 i rozporządzenia (WE) nr 1223/2009 oraz uchylecia dyrektyw Rady 90/385/EWG i 93/42/EWG. Ze względu na to, że oferta wykonawcy Częstobud zawiera stawkę podatku VAT 8 % w części pozycji Instalacje Sanitarne (odrębnej od instalacji gazów medycznych w rozumieniu PFU) oraz w części pozycji „Instalacje elektryczne w tym ppoż.” (jako jedyna spośród 5 ofert ogółem), Odwołujący stanął na stanowisku, że oferta wykonawcy Częstobud zawiera błędy w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, natomiast wobec braku wyszczególnienia właściwych elementów kalkulacji ceny pozwalających na weryfikację prawidłowości doboru stawki VAT jest także niezgodna z warunkami zamówienia w

rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w pismach oraz złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania, ponieważ nie została spełniona żadna wynikająca z art. 528 ustawy PZP negatywna przesłanka, która by uniemożliwiała merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła ponadto, że wypełnione zostały opisane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Częstobud, ponieważ wykonawca ten złożył je w terminie przewidzianym w art. 525 ust. 1 ustawy PZP a samo zgłoszenie było pozbawione wad formalnych.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła też stanowiska prezentowane na rozprawie przez Odwołującego i Uczestnika postępowania odwoławczego, jak również uwzględniła stanowisko zaprezentowane przez uczestnika postępowania odwoławczego w jego zgłoszeniu przystąpienia z dnia 11 października 2024 r. i sprzeciwie z dnia 14 października 2024 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy odwoławczej, w tym ze sposobu kalkulacji ceny ofertowej przez uczestnika postępowania odwoławczego. Izba oddaliła natomiast wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z dokumentów przesłanych do Izby w dniu 22 października 2024 r. drogą e-mailową, które obejmowały m. in. kartę katalogową, rysunki i opisy techniczne, dokumenty potwierdzające posiadanie uprawnień budowlanych i zaświadczenia potwierdzające przynależność do samorządów zawodowych oraz wnioski dowodowy uczestnika postępowania odwoławczego o przeprowadzenie dowodu z wyciągu z dokumentacji innych postępowań, albowiem w ocenie Izby zawnioskowane dowody nie miały znaczenia dla oceny zasadności zarzutów odwołania, a w konsekwencji rozstrzygnięcia tej sprawy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zgodnie z rozdziałem III ust. 1 SWZ przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej wraz z nadzorem autorskim oraz wykonaniem robót budowlanych w celu przebudowy oraz rozbudowy pomieszczeń Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Najświętszej Maryi Panny w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Zwiększenie efektywności, dostępności i jakości świadczeń zdrowotnych poprzez rozbudowę Oddziału Anestezjologii i Intensywnej Terapii w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym im. Najświętszej Maryi Panny w Częstochowie wraz z zakupem niezbędnej aparatury medycznej”. W ust. 2 rozdziału III SWZ Zamawiający rozwinął, że przedmiotem zamówienia jest opracowanie dokumentacji projektowej wraz z nadzorem autorskim i modernizacja infrastruktury budowlanej w zakresie przebudowy oraz rozbudowy Oddziału Anestezjologii i Intensywnej Terapii docelowo zlokalizowanego na parterze (część wschodnia) w budynku „A” wraz z dobudową nowego skrzydła, przyległego do istniejącego budynku w poziomie wysokiego parteru budynku „A”.

W Załączniku nr 1 do SWZ – Formularzu ofertowym Zamawiający przewidział wskazanie ryczałtowej wartości całego zakresu przedmiotu zamówienia i oczekiwał osobnego wskazania cen za wykonanie dokumentacji projektowo – kosztorysowej wraz z nadzorem autorskim oraz wykonanie robót budowlanych określonych dokumentacją budowlaną – wykonawczą wykonaną przez wykonawcę, w następujący sposób:

a) cena netto w wysokości: zł

b) podatek VAT w wysokości 8 i 23 % zł

c) cena brutto (wraz z podatkiem VAT) w wysokości: zł

oraz zgodnie z kalkulacją cenową ujętą w tabeli:

Lp.	wyszczególnienie	Wartość netto	Stawka podatku VAT	Wartość podatku VAT	Wartość brutto
1	Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z nadzorem autorskim				
2	Roboty budowlane				
3	Instalacje sanitarne				
4	Instalacje elektryczne w tym ppoż				

W rozdziale XIX SWZ Zamawiający szczegółowo opisał sposób obliczenia ceny. W ust. 3 Zamawiający wskazał, że przy obliczaniu ceny oferty należy przyjąć stawkę podatku VAT od towarów i usług właściwą dla przedmiotu zamówienia obowiązującą według stanu prawnego na dzień składania ofert. Ceny w Formularzu Oferty muszą być podane cyfrowo i słownie w złotych polskich z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

W ust. 5 rozdziału XIX SWZ Zamawiający rozwinął, że jeżeli została złożona oferta, której wybór prowadziłby do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług dla celów zastosowania kryterium ceny, Zamawiający dolicza do przedstawionej w tej ofercie ceny kwotę podatku od towarów i usług, którą miałby obowiązek rozliczyć. W takim przypadku wykonawca ma obowiązek:

- 1) poinformowania Zamawiającego, że wybór jego oferty będzie prowadził do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego,
- 2) wskazania nazwy (rodzaju) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będą prowadziły do powstania obowiązku podatkowego,
- 3) wskazania wartości towaru lub usługi objętego obowiązkiem podatkowym Zamawiającego, bez kwoty podatku,
- 4) wskazania stawki podatku od towarów i usług, która zgodnie z wiedzą Wykonawcy, będzie miała zastosowanie.

Brak tych informacji w formularzu oferty będzie traktowany jako deklaracja, że wybór oferty wykonawcy nie będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług.

Wykonawca Częstobud w następujący sposób wypełnił Formularz oferty:

1. Oferujemy wykonanie całego zakresu przedmiotu zamówienia na następujących zasadach:

1) Ryczałtowa wartość całego zakresu objętego zamówieniem wynosi:

- a) łączna cena netto w wysokości: 21 821 381,95 zł,
- b) łączny podatek VAT w wysokości 8 i 23%, tj.: 4 798 418,05 zł,
- c) łączna cena brutto (wraz z podatkiem VAT) w wysokości: 26 619 800,00 zł (kryterium oceny ofert),

Wynagrodzenie o którym mowa w punkcie 1. obejmuje:

1) Wykonanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej wraz z nadzorem autorskim spełniającej wymagania zawarte w Programie Funkcyjno-Użytkowym w zakresie umożliwiającym Wykonawcy uzyskanie na rzecz Zamawiającego pozwolenia na budowę lub zgłoszenie budowy:

- a) cena netto w wysokości: 500 000,00 zł,
- b) podatek VAT w wysokości 23%: 115 000,00 zł,
- c) cena brutto (wraz z podatkiem VAT) w wysokości: 615 000,00 zł,

2) Wykonanie robót budowlanych określonych dokumentacją budowlano-wykonawczą wykonaną przez wykonawcę:

- a) cena netto w wysokości: 21 321 381,95 zł,
- b) podatek VAT w wysokości 8 i 23 %: 4 683 418,05 zł,

c) cena brutto (wraz z podatkiem VAT) w wysokości: 26 004 800,00 zł,
zgodnie z poniższą kalkulacją cenową:

Lp.	wyszczególnienie	Wartość netto	Stawka podatku VAT	Wartość podatku VAT	Wartość brutto
1	Opracowanie dokumentacji projektowej wraz z nadzorem autorskim	500 000,00 zł	23%	115 000,00 zł	615 000,00 zł
2	Roboty budowlane	11 393 485,14 zł	23%	2 620 501,58 zł	14 013 986, 72 zł
3	Instalacje sanitarne	4 727 896,81 zł	8% i 23%	917 745,27 zł	5 645 642, 08 zł
4	Instalacje elektryczne w tym ppoż	5 200 000,00 zł	8% i 23%	1 145 171,20 zł	6 345 171, 20 zł

Ostatecznie w dniu 2 października 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, za którą uznał ofertę wykonawcy Częstobud.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

W dniu 8 października 2024 r. Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości, natomiast z uwagi na wniesiony w dniu 11 października 2024 r. sprzeciw przez wykonawcę Częstobud Krajowa Izba Odwoławcza mogła rozpoznać merytorycznie złożone odwołanie. Po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 23 października 2024 r. oraz zapoznaniu się z pisemnymi i ustnymi stanowiskami stron i uczestnika postępowania Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

We wniesionym środku ochrony prawnej wykonawca Grupa Szymbud zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- art. 16 pkt 1 ustawy PZP, który stwierdza, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,
- art. 16 pkt 2 ustawy PZP, zgodnie z którym zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty,
- art. 125 ust. 1 ustawy PZP, w świetle którego do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego,
- art. 128 ust. 1 ustawy PZP, który stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania,
- art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.
- art. 239 ust. 1 ustawy PZP, który stwierdza, że zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia,
- art. 239 ust. 2 ustawy PZP, w świetle którego najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem,
- art. 266 ustawy PZP, który stanowi, że do przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy działu II, z

wyjątkiem przepisów art. 83, art. 86, art. 87 ust. 3, art. 88–90, art. 97 ust. 2, art. 124, art. 125 ust. 2 i 6, art. 126, art. 127 ust. 1, art. 129, art. 130, art. 132–188, art. 220, art. 227 ust. 1, art. 257, art. 264 i art. 265, chyba że przepisy niniejszego działu stanowią inaczej.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 odwołania dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP należy wskazać na wstępie, że prawodawca nie zdefiniował w tym przepisie, co rozumie przez sformułowanie „błąd w obliczeniu ceny”. Nie budzi wątpliwości w orzecznictwie i literaturze prawa zamówień publicznych, że „błąd w obliczeniu ceny” to tylko taki błąd, którego nie da się już naprawić w toku postępowaniu, tj. błąd, którego nie można zakwalifikować jako podpadający pod kategorię oczywistej omyłki rachunkowej. Za „błąd w obliczeniu ceny” należy uznać zarówno sytuację dokonania nieprawidłowej wyceny oferty wynikającą z niezastosowania albo wadliwego zastosowania przepisów prawa mających wpływ na wycenę oferty, jak i np. również wadliwe określenie stawki podatku VAT przez wykonawcę w sytuacji, gdy zamawiający nie określił w ogóle w dokumentach zamówienia prawidłowej stawki podatku VAT.

W tej sprawie Odwołujący błędu w obliczeniu ceny upatruje w tym, że jego zdaniem wykonawca Częstobud nie określił ceny i składników cenotwórczych z uwzględnieniem prawidłowej stawki podatku VAT. Odwołujący nie doprecyzował jednak, w których konkretnie pozycjach Formularza oferty i w jaki sposób wykonawca Częstobud miałby określić stawki podatku VAT w sposób niezgodny z przepisami prawa podatkowego. Z uzasadnienia odwołania wynika zaś, że Odwołujący kwestionuje sam fakt zsumowania przez jego konkurenta w pozycjach „Instalacje sanitarne” oraz „Instalacje elektryczne w tym ppoż.” wartości podatku VAT z zastosowaniem różnych stawek podatkowych, bez jednoczesnego wyszczególnienia jakiemu zakresowi objętemu daną pozycją wykonawca Częstobud przypisał daną stawkę podatku VAT. W ocenie Izby okoliczności podnoszone przez Odwołującego nie dają żadnych podstaw do stawiania zarzutu wykonawcy Częstobud, skoro to sam Zamawiający w taki sposób skonstruował Formularz oferty, że zezwolił wykonawcom na zbiorcze zsumowanie podatku VAT w stawkach 8 % i 23 % w pozycjach wyszczególnionych w ramach czynności składających się na wykonanie robót budowlanych określonych dokumentacją budowlano-wykonawczą wykonaną przez wykonawcę. Nie jest przy tym zasadna argumentacja, że taki sposób wypełnienia Formularza oferty sprawia, że oferty są nieporównywalne oraz uniemożliwiają Zamawiającemu ocenę prawidłowości przyjętej w ofercie stawki podatku VAT. To samowolna modyfikacja wzoru Formularza oferty przez Odwołującego poprzez wyodrębnienie w niej dodatkowych pozycji: 5) „Gazy 8 %” oraz 6) „Sprzęt 8 %” prowadzi do tego, że to właśnie oferty Odwołującego nie da się miarodajnie porównać z ofertami złożonymi przez innych wykonawców.

Mając powyższe na uwadze Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy Częstobud na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, w związku z czym zarzut nr 1 odwołania został oddalony.

W zakresie zarzutu nr 2 odwołania dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP to zdaniem Odwołującego o niezgodności oferty wykonawcy Częstobud z warunkami zamówienia ma przesądzać sam fakt wyceny pozycji „Instalacje sanitarne” oraz „Instalacje elektryczne w tym ppoż” przy zastosowaniu mieszanych stawek podatku VAT (8 % i 23 %), bez wyszczególnienia z osobna części składowych oferty, którym wykonawca Częstobud przypisał poszczególne stawki podatku VAT. Odwołujący nie wskazał jednak w swoim środku ochrony prawnej, z którymi konkretnie zapisami dokumentacji zamówienia taki sposób zaprezentowania wartości czynności podlegających opodatkowaniu podatkiem VAT i wartości podatku VAT byłby niezgodny. Z treści Formularza oferty będącego Załącznikiem nr 1 do SWZ wynika zarówno to, że Zamawiający zezwolił wykonawcom na ujęcie w jednej wyszczególnionej pozycji Formularza czynności objętych dwoma stawkami podatku VAT (8 % i 23 %), jak i to że dopuścił możliwość zsumowania podatku VAT w sytuacji, gdy w określonej, wyszczególnionej pozycji Formularza znalazły się czynności opodatkowane różnymi stawkami podatku VAT. Taki sposób prezentacji części składowych oferty nie sprzeciwia się również szczegółowym zasadom obliczenia ceny ofertowej określonym w rozdziale XIX ust. 5 pkt 2-4 SWZ.

Wobec tego Izba nie znalazła również podstaw do tego, aby nakazać Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Częstobud także na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP.

Jeśli chodzi o zarzut nr 3 odwołania, który dotyczył naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 128 ust. 1 w zw. z art. 125 ust. 1 w zw. z art. 239 ust. 1 w zw. z art. 266 ustawy PZP, to Izba stwierdza, że w okolicznościach tej sprawy Odwołujący w ogóle nie uprawdopodobnił (nie mówiąc już o udowodnieniu), że wykonawca Częstobud zastosował nieprawidłowe stawki podatku VAT w odniesieniu do pozycji Formularza ofertowego obejmujących instalacje sanitarne i instalacje elektryczne (w tym przeciwpożarowe). Brak jest jakichkolwiek dowodów ze strony Odwołującego na okoliczność tego, że oferty wykonawców zawierają różne stawki podatku VAT w odniesieniu do tych samych pozycji kalkulacji cenowej. Odwołanie w tym zakresie opiera się na gołosłownych twierdzeniach. Wobec tego nie tylko brak jest jakichkolwiek podstaw do nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Częstobud na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 10 ustawy PZP, ale również do tego, aby wezwał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień odnośnie treści

oferty w zakresie dotyczącym zastosowanych stawek podatku VAT.

Mając powyższe na uwadze zarzut nr 3 odwołania został również oddalony.

Natomiast jeśli chodzi o zarzut nr 4 odwołania, w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP, to Izba stwierdza, że aby można było mówić o jego zasadności, to należy w sposób niebudzący wątpliwości powiązać wytykane Zamawiającemu uchybienie w prowadzeniu postępowania z wadliwym zastosowaniem (lub ewentualnym niezastosowaniem) ustalonych w dokumentacji zamówienia kryteriów oceny ofert. Natomiast treść uzasadnienia zarzutu wskazuje na to, iż Odwołujący wywodzi ten zarzut z samego faktu uznania oferty jego konkurenta za najkorzystniejszą w postępowaniu w sytuacji, gdy jego zdaniem oferta ta powinna zostać odrzucona, a to jego oferta powinna być zostać uznana za najkorzystniejszą. Stawianie Zamawiającemu zarzutu bezzasadnego poddania badaniu i ocenie, a następnie dokonania wyboru oferty podlegającej w mniemaniu Odwołującego odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 10 ustawy PZP, nie jest wystarczające dla skutecznego postanowienia zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy PZP.

Wobec powyższego także zarzut nr 4 odwołania nie mógł zostać uwzględniony przez Izbę.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku tego postępowania, tj. na podstawie art. 557, art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 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 zasądziła od Odwołującego na rzecz Uczestnika postępowania odwoławczego kwotę 3 600 zł 00 gr z tytułu wydatku poniesionego przez Uczestnika na wynagrodzenie pełnomocnika.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....