

WYROK

Warszawa, dnia 8 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 listopada 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2024 r. przez wykonawcę: **J.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe „Budmont” J.Z., ul. Miodowa 8, 87-800 Włocławek,** w postępowaniu prowadzonym przez: **Gmina Lubraniec, ul. Brzeska 49, 87-890 Lubraniec,**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DOMART I.P. Z.P. spółka cywilna na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego, 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, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego oraz kwotę 552 zł 70 gr (słownie: pięćset pięćdziesiąt dwa złote siedemdziesiąt groszy) tytułem dojazdu odwołującego na rozprawę,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 14 152 zł 70 gr (słownie: czternaście tysięcy sto pięćdziesiąt dwa złote siedemdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

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 3924/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Lubraniec, ul. Brzeska 49, 87-890 Lubraniec, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa budynków komunalnych przy ul. Brzeskiej w Lubrańcu”, numer referencyjny: ZP.271.8.2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14.08.2024 r., nr 2024/BZP 00457613.

W dniu 23.10.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Gmina Lubraniec, ul. Brzeska 49, 87-890 Lubraniec (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5, art. 226 ust. 1 pkt 10 oraz art. 16 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DOMART I.P. Z.P. spółka cywilna w sytuacji, gdy wykonawca ten wbrew Rozdziałowi XVII pkt 5 SWZ przy obliczaniu oferty w części dotyczącej lokalu użytkowego, pełniącego funkcję społeczno-organizacyjną nie przyjął określonej przez Zamawiającego stawki 23% VAT, lecz przyjął preferencyjną stawkę 8%, co wprost stanowi naruszenie warunków SWZ, a tym samym czyni ofertę niezgodną z warunkami zamówienia oraz zawierającą błąd w obliczeniu ceny lub kosztu poprzez zastosowanie nieprawidłowej stawki VAT, co skutkuje tym, że oferta tego wykonawcy jest nieporównywalna z ofertami innych wykonawców, w tym z ofertą Odwołującego, co wprost narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 1 - art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania ww. wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych w zakresie dotyczącym wykazania, że wykonawca ten dysponuje kierownikiem budowy, który spełnia wymogi art. 37 c ustawy z dnia 23 lipca 2003 roku o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz.U.2021.710 tj.) tj. przez co najmniej 18 miesięcy brała udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury,
- 3) ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 1 lub 2 - art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) oraz art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ww. wykonawcy, gdyż nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu, gdyż wykonawca nie wykazał, że dysponuje kierownikiem budowy, który spełnia wymogi art. 37 c ww. ustawy o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami,
- 4) ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt 1 lub 2 lub 3 - art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, którego wybór jest niezgodny z przepisami ustawy Prawo

zamówień publicznych, co narusza nakaz udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy i narusza jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje.

„[niezgodność oferty z warunkami zamówienia z uwagi na brak sporządzenia oferty przy przyjęciu wymaganej przez Zamawiającego stawki VAT - 23 %]

(...) Do obliczenia ceny oferty brutto Wykonawca powinien zastosować stawkę podatku od towarów i usług zgodnie z obowiązującymi przepisami w tym ustawą z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz.U.2024.361 tj.) z uwzględnieniem parametrów powierzchni lokali mieszkalnych, komunikacji, budynku gospodarczego (stawka 8% VAT) i lokalu użytkowego, pełniącego funkcję społeczno-organizacyjną (stawka 23% VAT) w stosunku do całości powierzchni użytkowej budynku, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia – pkt. V.2 niniejszej swz. (...)

W toku badania oferty Wykonawcy Zamawiający powziął wątpliwości co do zastosowanej przez Wykonawcę wysokości stawki VAT przy sporządzaniu oferty. W związku z tym w dniu 04 września 2024 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień, w których oczekiwał: (...) W odpowiedzi z dnia 10.09.2024 r. Wykonawca wprost przyznał, że nie zastosował się do oczekiwanego przez Zamawiającego sposobu obliczenia ceny oferty i stawkę 23 % VAT zastosował wyłącznie dla infrastruktury towarzyszącej, a nie jak oczekiwał Zamawiający również do lokalu użytkowego, pełniącego funkcję społeczno-organizacyjną: (...) Z powyższego jednoznacznie wynika, że Wykonawca sporządził ofertę w sposób niezgodny z warunkami zamówienia, a tym samym powinna zostać ona odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP lub art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP. (...)

Zamawiający mógłby dokonać ewentualnej poprawy oferty Wykonawcy w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP, ale nie jest to możliwe, gdyż byłaby to zmiana istotna, gdyż spowodowałaby wzrost ceny oferty o 15 %. Ponadto z uwagi na sposób sformułowania formularza ofertowego nie byłoby możliwe samodzielne wyodrębnienie przez Zamawiającego kwoty z oferty, która miałaby podlegać ponownemu przeliczeniu.

[wpływ zastosowania błędnej stawki VAT na ofertę Wykonawcy]

Wykonawca w formularzu ofertowym przyjął następujące wartości:

kwota brutto: 2 059 619,40 (100%),

w tym roboty budowlane opodatkowane stawką VAT 8% 1 794 603,60 brutto (co stanowi 87,13% łącznej ceny brutto),

roboty budowlane opodatkowane stawką VAT 23 % 265 015,80 brutto (co stanowi 12,87% łącznej ceny brutto),

Wskazując w ofercie kwotę 265 015,80, zł. brutto ze stawką podatku VAT 23% Wykonawca nie ma możliwości naliczenia prawidłowej stawki podatku VAT do wszystkich robót, które winny być objęte tą stawką. Z analizy złożonego formularza ofertowego wynika, iż oferent nie naliczył w swojej ofercie stawki podatku VAT w wysokości 23% nawet od całości lokalu użytkowego, gdyż lokal użytkowy pełniący funkcję społeczno-organizacyjną stanowi ca 16,29% całości powierzchni użytkowej budynku (powierzchnia użytkowa całości budynku zgodnie z SWZ wynosi 333,4 m², zaś powierzchnia lokalu użytkowego wynosi 54,3 m²), w związku z czym wartość brutto robót wykonywanych tylko w lokalu użytkowym nie wliczając innych prac do stawki VAT 23% wynosić winna $2\,059\,619,40 \times 16,29\% = 335\,512,00$ złotych brutto, nie zaś tak jak przyjął oferent 12,87% łącznej ceny brutto.

Zaoferowana kwota 265 015,80,- zł. z 23% naliczoną stawką podatku VAT nie dość, że nie uwzględnia wykonania przy zastosowaniu prawidłowej stawki VAT w całości prac związanych z lokalem użytkowym, to w ogóle nie ujmuje wykonania pozostałych robót, dla których winna być naliczona stawka VAT w wysokości 23%. (...)

Błędne zastosowanie stawek VAT przez oferenta doprowadzi w konsekwencji do konieczności naliczenia niewłaściwej stawki podatku VAT w wystawianych fakturach od wykonania części robót (stawką VAT w wysokości 8% objęte będą musiały zostać roboty które winny mieć zastosowaną stawkę VAT 23% np. roboty związane z zagospodarowaniem terenu, budową ogrodzenia, bądź innymi robotami wykonywanymi poza budynkiem mieszkalnym ze względu na fakt, iż zaoferowana w ofercie przetargowej kwota brutto ze stawką VAT 23% jest niewystarczająca by mogła być zastosowana do wszystkich robót które winny być tą stawką VAT objęte).

Z przedstawionych wyliczeń oraz zaproponowanych przez oferenta poszczególnych cen brutto z podziałem na stawki podatku VAT jednoznacznie wynika, iż zaoferował on w swojej ofercie preferencyjną stawkę podatku VAT w wysokości 8% przy wykonaniu robót nie objętych taką stawką VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, ani wytycznymi i wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego.

[niezasadne próba ratowania oferty Wykonawcy]

Pomimo istnienia jasnych i konkretnych postanowień SWZ Zamawiający w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej podjął nieuzasadnioną próbę ratowania oferty Wykonawcy poprzez powołanie się na wydaną w bliżej nieokreślonej sprawie interpretację indywidualną Krajowej Informacji Skarbowej. Zamawiający nie bierze w ogóle pod uwagę faktu, iż przytoczona przez niego interpretacja indywidualna Krajowej Informacji Skarbowej nie dotyczy omawianego przypadku. Jest to interpretacja z 2018 r. dotycząca innego przypadku nie zaś konkretnie postępowania prowadzonego przez

Zamawiającego. (...)

Nawet gdyby z jakichkolwiek powodów uznać (czemu zaprzeczam), iż przypadek z przywołanej interpretacji można było uznać za analogiczny do postępowania prowadzonego przez Zamawiającego to trzeba wziąć pod uwagę zapisy art.41 ust. 2 w związku z art. 41 ust. 12a ustawy o podatku od towarów i usług, z których wprost wynika, że: *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), funkcjonalnie z nimi związaną, z zastrzeżeniem ust. 12b. (...)*

[brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczące kwalifikacji kierownika budowy]

W Rozdziale VI SWZ Zamawiający wskazał, że wykonawcy powinni dysponować kierownikiem budowy, który spełnia wymogi art. 37 c ustawy z dnia 23 lipca 2003 roku o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (Dz.U.2021.710 tj.) tj. przez co najmniej 18 miesięcy brała udział w robotach budowlanych prowadzonych przy zabytkach nieruchomych wpisanych do rejestru lub inwentarza muzeum będącego instytucją kultury. (...)

W złożonych przez Wykonawcę wykazie nie ma jakiegokolwiek wzmianki na temat posiadania przez kierownika budowy jakiegokolwiek doświadczenia w zakresie potwierdzającym spełnianie przez niego wymogów (...) Tym samym Wykonawca nie wykazał spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu, w związku z czym jego oferta winna zostać odrzucona.

Jednocześnie z uwagi na to, że w przekazanych Odwołującemu dokumentach nie ma skierowanego przez Zamawiającego do Wykonawcy wezwania w trybie art. 128 ust. 1 PZP do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych w zakresie dotyczącym wykazania, że Wykonawca dysponuje kierownikiem budowy, który spełnia wymogi art. 37 c ustawy z dnia 23 lipca 2003 roku o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami (...) w pełni zasadne i konieczne było również sformułowanie zarzutu zaniechania w tym zakresie oraz rozpoznanie go przed zarzutem dotyczącym konieczności odrzucenia oferty Wykonawcy z tego powodu”.

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) odrzucenia oferty ww. wykonawcy,
- 4) wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W dniu 07.11.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. W trakcie rozprawy Strony podtrzymały swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia jest przebudowa budynków komunalnych przy ul. Brzeskiej w Lubrańcu.

W rozdziale XVII specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) w pkt 5 Zamawiający wskazał: Do obliczenia ceny oferty brutto Wykonawca powinien zastosować stawkę podatku od towarów i usług zgodnie z obowiązującymi przepisami w tym ustawą z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz.U.2024.361 tj.) z uwzględnieniem parametrów powierzchni lokali mieszkalnych, komunikacji, budynku gospodarczego (stawka 8% VAT) i lokalu użytkowego, pełniącego funkcję społeczno-organizacyjną (stawka 23% VAT) w stosunku do całości powierzchni użytkowej budynku, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia – pkt. V.2 niniejszej swz.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DOMART I.P., Z.P. spółka cywilna złożył ofertę, w której wskazał cenę 2 059 619,40 PLN:

*„w tym roboty budowlane opodatkowane stawką VAT 8% - 1 794 603,60 PLN brutto
roboty budowlane opodatkowane stawką VAT 23 %- 265 015,80 PLN brutto”.*

Pismem z dnia 04.09.2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał ww. wykonawcę do złożenia „*wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie zastosowanej stawki podatku od towarów i usług VAT od poszczególnych robót przy obliczaniu ceny brutto oferty*” i zacytował treść pkt 5 w rozdziale XVII SWZ.

W dniu 10.09.2024 r. ww. wykonawca udzielił odpowiedzi, zgodnie z którą: „*Przygotowując ofertę na ww postępowanie zastosowaliśmy stawki VAT zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług. Prace w obiekcie stanowiącym postępowanie przetargowe, mają być wykonane ramach czynności wymienionych w art. 41 ust.12 pkt 1 (dotyczą stawki obniżonej 8%) tj. remontu, modernizacji, termomodernizacji, przebudowy lub robót konserwacyjnych w budynku objętym społecznym programem mieszkaniowym – PKOB11.22. Za obiekty mieszkalne, zgodnie z PKOB uznaje się te obiekty budowlane w których co najmniej połowa powierzchni użytkowej wykorzystana jest na cele mieszkalne. Dlatego zastosowana stawka VAT wynosi 8%. Natomiast dla infrastruktury towarzyszącej*

zastosowaliśmy stawkę VAT 23%”.

W dniu 18.10.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DOMART I.P., Z.P. spółka cywilna. W ww. piśmie Zamawiający wskazał ponadto:

„Wykonawca udzielił wyjaśnień, co do zastosowanej wysokości podstawowej i preferencyjnej stawki podatku VAT, która zdaniem Zamawiającego jest prawidłowa i zgodna z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający określił cenę ryczałtową brutto za kompleksową realizację zakresu robót do wykonania na podstawie dokumentacji projektowo-kosztorysowej. Wykonawca, przy obliczaniu ceny oferty zastosował stawki podatku VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami z uwzględnieniem parametrów powierzchni poszczególnych lokali zlokalizowanych w jednym budynku jako całość. Zamawiający w żadnym dokumencie zamówienia nie narzucał wysokości stawki podatku VAT.

»W przypadku prac budowlanych, które będą dotyczyły remontu, termomodernizacji i modernizacji budynku objętego społecznym programem mieszkaniowym należy zastosować preferencyjną stawkę podatku zgodnie z art. 41 ust. 2 w związku z art. 41 ust. 12 ustawy o podatku od towarów i usług. Bowiem zgodnie z umową usługi będą wykonywane w budynku (jako całości) objętym społecznym programem mieszkaniowym. Tym samym stawką właściwą dla usług wykonywanych w takim obiekcie będzie preferencyjna stawka podatku 8%.« - interpretacja indywidualna Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z 16 marca 2018 r.; sygn. 0113-KD IPT1-1.4012.99.2018.2.

Do obowiązków wykonawcy należy przyporządkowanie wykonywanej dostawy, usługi czy roboty do właściwej stawki VAT, co wynika m.in. z faktu, iż wystawiając fakturę za wykonane zadanie podatnik zobowiązany jest do wskazania w niej stawki wraz z kwotą podatku VAT. Skoro określenie prawidłowej stawki VAT ciąży na wystawcy faktury - wykonawcy, to na wykonawcy ciąży również odpowiedzialność za prawidłowe jej zastosowanie. Dotyczy to zarówno stawki podstawowej jak i preferencyjnej.”

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 10 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- 10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 137 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może dokonać zmiany specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) jedynie przed upływem terminu składania ofert. Po upływie tego terminu wszelkie zmiany SWZ są niedopuszczalne, a złamanie tego zakazu stanowi naruszenie nie tylko ww. przepisu, ale także podstawowych zasad udzielania zamówień takich jak: zasada uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości (art. 16 pkt 1 i 2 ustaw Pzp).

W przedmiotowej sprawie Zamawiający w pkt 5 rozdziału XVII SWZ wskazał dla lokalu użytkowego pełniącego funkcję społeczno-organizacyjną stawkę 23% VAT. Izba nie zgadza się z dokonywaną przez Zamawiającego na etapie postępowania odwoławczego interpretacją, zgodnie z którą w punkcie tym Zamawiający nie podał stawki podatku VAT, a jedynie oczekiwał od wykonawców, że sami ją ustalą w oparciu o właściwe przepisy obowiązującego prawa. Należy zauważyć, że w ww. pkt 5 Zamawiający rzeczywiście wskazał na zastosowanie „*stawki podatku od towarów i usług zgodnie z obowiązującymi przepisami w tym ustawą (...) o podatku od towarów i usług*”, ale nie można pomijać dalszej treści tego punktu, zgodnie z którą wykonawca miał zastosować tę stawkę z uwzględnieniem parametrów powierzchni lokali znajdujących się w budynku podlegającym przebudowie, przy czym Zamawiający doprecyzował: „*lokali mieszkalnych, komunikacji, budynku gospodarczego (stawka 8% VAT) i lokalu użytkowego, pełniącego funkcję społeczno-organizacyjną (stawka 23% VAT)*”. Tym samym niezależnie od początkowych sformułowań zawartych w ww. punkcie odnoszących się ogólnie do obowiązujących przepisów, w dalszej części tego punktu Zamawiający wyraźnie i jednoznacznie określił stawkę podatku VAT oddzielnie dla: lokali mieszkalnych, komunikacji, budynku gospodarczego oraz oddzielnie dla: lokalu użytkowego pełniącego funkcję społeczno-organizacyjną. Przy czym w tym ostatnim przypadku, czyli lokalu użytkowego pełniącego funkcję społeczno-organizacyjną Zamawiający jednoznacznie wskazał stawkę podatku VAT w wysokości 23%.

Nie można zatem zgodzić się z Zamawiającym, który twierdzi, że: „*Zapis ten każe Wykonawcy „uwzględnić” pewne aspekty przy obliczaniu ceny oferty brutto na podstawie opisu przedmiotu zamówienia ale nie określa obowiązującej stawki podatku VAT, którą obowiązkowo należy „przyjąć” do ceny oferty*”. Po pierwsze, słowo „z

uwzględnieniem" w pkt 5 SWZ odnosi się do powierzchni wymienionych następnie rodzajów lokali, po drugie, Zamawiający całkowicie ignoruje dalszą treść pkt 5, w której jednoznacznie wskazał w nawiasach różne stawki podatku VAT w zależności od rodzaju lokalu. Raz jeszcze należy zauważyć, że dla lokalu użytkowego pełniącego funkcję społeczno-organizacyjną została wskazana stawka 23%. Tym samym forsowana przez Zamawiającego w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i w postępowaniu odwoławczym teza, jakoby Zamawiający „w żadnym dokumencie zamówienia nie narzucał wysokości stawki podatku VAT” jest wprost sprzeczna z treścią pkt 5 rozdziału XVII SWZ.

Nie jest przy tym sporne w niniejszej sprawie, że wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DOMART I.P. Z.P. spółka cywilna dla lokalu użytkowego wskazał w swojej ofercie stawkę 8% VAT. Wynika to nawet z pisma tego wykonawcy z dnia 10.09.2024 r., w którym on sam wyjaśnił, w jaki sposób ustalili stawkę 8% i że stawkę 23% VAT zastosował jedynie dla infrastruktury towarzyszącej.

Izba nie zamierza w tym miejscu dokonywać oceny, która stawka podatku VAT dla lokalu użytkowego jest w tej sprawie właściwa, ponieważ nie ma to znaczenia wobec treści pkt 5 rozdziału XVII SWZ, w którym Zamawiający napisał, że jest to stawka 23%. Jak już wskazano wyżej, treść SWZ po upływie terminu składania ofert jest wiążąca zarówno dla wykonawców, jak i dla zamawiającego. Skoro zatem podana w SWZ stawka podatku VAT nie była kwestionowana i zmieniona przed upływem terminu składania ofert, to obecnie Zamawiający zobowiązany jest ocenić oferty m.in. pod względem zgodności z tą stawką.

W tym stanie rzeczy nie mają także znaczenia indywidualne interpretacje podatkowe przywoływane przez Zamawiającego. Pomijając nawet to, że interpretacje te są wydawane w indywidualnych sprawach i dokonana w nich ocena nie może być automatycznie przekładana na stan faktyczny niniejszej sprawy, przede wszystkim należy raz jeszcze zauważyć, że Zamawiający sam podał w SWZ stawkę podatku VAT 23% dla lokalu użytkowego, zatem bez względu na to, czy jest ona prawidłowa, Zamawiający musi teraz konsekwentnie odrzucić każdą ofertę, która zawiera stawkę inną niż wskazana w SWZ. Przeciwnie działanie Zamawiającego, jak wskazano już wyżej, prowadziłoby do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych.

Z tych samych powodów nie jest też zasadne powoływanie się przez Zamawiającego na wyrok KIO 845/23 z 11.04.2023 r., w którym stwierdzono m.in.: „*podatnik (wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia) zobowiązany jest do prawidłowego określenia przedmiotu opodatkowania, co wiąże się z prawidłowym zdefiniowaniem i zaklasyfikowaniem wykonywanych czynności, na podstawie odpowiednich klasyfikacji. Do obowiązków podatnika należy przyporządkowanie wykonywanej dostawy, usługi czy roboty do danej stawki VAT, co wynika m.in. z faktu, iż wystawiając fakturę za wykonane zadanie podatnik zobowiązany jest do wskazania w niej stawki wraz z kwotą podatku (art. 106b ustawy o podatku od towarów i usług). Kształtuje to stosunek zobowiązaniowy, o którym mowa w art. 5 ustawy Ordynacja podatkowa. Skoro określenie prawidłowej stawki VAT ciąży na wystawcy faktury - wykonawcy, to ciąży na nim również odpowiedzialność za prawidłowe jej zastosowanie*”. W ww. wyrok dotyczy sytuacji, w której zamawiający nie podał w SWZ żadnej stawki VAT, dlatego Izba wskazała w nim, że podmiotem odpowiedzialnym za ustalenie jej wysokości jest wykonawca. Natomiast w niniejszej sprawie Zamawiający podał tę stawkę w pkt 5 rozdziału XVII SWZ, dlatego bez względu na jej prawidłowość, zarówno on sam, jak i wykonawcy są nią związani bez względu na to, jak obecnie oceniają jej prawidłowość.

W konsekwencji oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DOMART I.P. Z.P. spółka cywilna podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodna z warunkami zamówienia.

W odwołaniu wskazano też art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp jako podstawę odrzucenia ww. oferty, przy czym Odwołujący ograniczył się do wskazania, że niezgodność stawki podatku VAT z warunkami zamówienia (określonymi w tym wypadku w pkt 5 rozdziału XVII SWZ) stanowi również błąd w obliczeniu ceny. W ocenie Izby nie można utożsamiać tych dwóch przesłanek odrzucenia oferty, gdyż stawka podatku podana w SWZ nie zawsze musi być prawidłowa w świetle obowiązujących przepisów prawa, co oznacza, że nie każda niezgodność oferty z warunkami zamówienia w zakresie tej stawki będzie jednocześnie błędem w obliczeniu ceny. Z uwagi jednak na brak w odwołaniu jakiegokolwiek innego uzasadnienia dla art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp oraz nie budzącą wątpliwości konieczność odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DOMART I.P. Z.P. spółka cywilna na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Izba ograniczyła się do nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty ww. wykonawcy właśnie w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Izba postanowiła zatem jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

Izba nie rozpoznała zarzutów dotyczących wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kierownika budowy, ponieważ były one postawione jako zarzuty ewentualne jedynie na wypadek nieuwzględnienia zarzutu

dotyczącego stawki podatku VAT.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Na koszty zasądzone od Zamawiającego na rzecz Odwołującego składają się: koszty wpisu od odwołania (10.000,00 zł), koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego (3.600,00 zł) oraz koszty dojazdu Odwołującego na rozprawę (338,70 zł – bilet lotniczy i 214,00 zł – bilet kolejowy).

Przewodnicząca