

POSTANOWENIE

z dnia 9 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**

Protokolant: **Tomasz Skowroński**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w dniu 9 lutego 2024 r.

w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 stycznia 2024 r. przez wykonawcę Częstobud sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Akademia Wojsk Lądowych imienia generała Tadeusza Kościuszki we Wrocławiu

z udziałem uczestnika Mosty Łódź z siedzibą w Łodzi, po stronie zamawiającego

postanawia:

1. umarza postępowanie odwoławcze;

nakazuje Urzędowi Zamówień Publicznych dokonanie zwrotu kwoty **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Częstobud sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie poniesionej z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) na niniejsze postanowienie w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 215/24 Uzasadnienie

Zamawiający: Akademia Wojsk Lądowych imienia generała Tadeusza Kościuszki we Wrocławiu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa i docieplenie budynku koszarowego nr 10 wraz z modernizacją infrastruktury technicznej i zagospodarowaniem terenu na terenie Akademii Wojsk Lądowych we Wrocławiu” Ogłoszenie: 2023/S 111-349125.

Odwołujący: Częstobud sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie wniósł roku odwołanie dotyczące wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy MOSTY ŁÓDŹ S.A. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 art. 17 ust. 2 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców (w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów):

1. art. 226 ust. 1 pkt. 10 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy MOSTY ŁÓDŹ S.A. (i w konsekwencji nieprawidłowy wybór oferty najkorzystniejszej tego Wykonawcy), mimo że oferta tego Wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny spowodowany przyjęciem błędnej stawki podatku VAT dla wyposażenia meblowego, które Wykonawca objął stawką 8%, mimo że obowiązujące przepisy ustawy o podatku od towarów i usług dla takiego przedmiotu opodatkowania wprowadzają stawkę 23%,

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 118 ust. 2 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty (ewentualnie zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w tym zakresie) Wykonawcy MOSTY ŁÓDŹ S.A., mimo że Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, bowiem powołał się na zasoby podmiotu trzeciego, podczas gdy z przedłożonych w toku postępowania dokumentów nie wynika, żeby ten podmiot udostępnił swój potencjał w sposób realny, bowiem istnieje uzasadniona wątpliwość czy podmiot ten realnie będzie brał udziału w realizacji zamówienia, przez co nie można uznać, że w niniejszej sprawie udostępnienie zasobów ma charakter realny i gwarantuje Wykonawcy rzeczywisty dostęp do udostępnionych zasobów.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach tej czynności odrzucenie oferty MOSTY ŁÓDŹ S.A.,

2. ewentualnie wezwanie do złożenia wyjaśnień/uzupełnienia w zakresie potwierdzenia spełniania warunku ze względu na brak jednoznaczności w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w związku z posłużeniem się

doświadczeniem podmiotu trzeciego co do warunku zdolności zawodowej, jak również brakiem wykazania warunku samodzielnie przez Wykonawcę z uwagi na realizację referencyjnej roboty w ramach konsorcjum,

Oferta Wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny, który winien skutkować jej odrzuceniem.

I. Błąd w obliczeniu ceny

Wykonawcy kalkulując swoją ofertę musieli samodzielnie ocenić jaką stawkę podatku VAT należy zastosować, ponieważ Zamawiający nie podał obowiązującej stawki w treści dokumentów zamówienia, zaś na pytania Wykonawców w tym zakresie odpowiedział w następujący sposób (wyjaśnienia treści SWZ z dnia Ustalając stawkę podatku VAT dla tego postępowania należało zatem dokonać analizy przedmiotu tego zamówienia. Obowiązkiem Wykonawcy poza wykonaniem szeregu prac budowlanych jest także (pkt. 3.1. ppkt. 7 OPZ):

Z analizy poszczególnych kosztorysów wynika, że Wykonawca stawką 23% objął roboty:

1. związane z zagospodarowaniem terenu – załącznik nr 1.1, dział PZT, gdzie wskazano wartość tego typu prac na kwotę 214 073,97 zł netto,

2. zewnętrzne sieci sanitarne – zał nr 1.9 do wyjaśnień, tj. kosztorys na 279 835,33 zł netto,

3. zewnętrzna sieć elektryczna – zał nr 1.4, do wyjaśnień, tj. kosztorys na 35 000 zł netto.

Razem daje nam to kwotę 528 909,30 zł netto, od tego VAT 23% = 121 649,14 zł, czyli dokładnie tyle ile Wykonawca podał w swojej ofercie jako wartość VAT 23%.

Z powyższego wynika, że Wykonawca przyjął stawkę 8% dla prac związanych z bryłą budynku, zaś w zakresie prac poza bryłą budynku przyjął stawkę 23%.

Wykonawca objął stawką 8% również wyposażenie meblowe, które w swoim kosztorysie wycenił na 826 976,42 zł netto. Wynika to z wyliczeń i kwoty podatku VAT 23% wskazanej ofercie, która nie odpowiada kwocie podatku VAT obliczonej od wartości 826 976,42 zł netto (a tyle Wykonawca przeznaczył na wyposażenie meblowe). Gdyby bowiem to wyposażenie meblowe Wykonawca objął stawką 23% i tę kwotę wpisał w ofertę to musiałby podać VAT 23% w wys. co najmniej 190 204,58 zł, a tak się nie stało.

Popęłił zatem błąd, zastosował preferencyjną stawkę VAT 8% do wyposażenia meblowego, które zgodnie z przepisami oraz szerokim orzecznictwem objęte jest stawką 23%.

Wysokość VAT na meble może być obniżona do 8% tylko w przypadku zabudowy meblowej, która została dokładnie zaprojektowana pod wymiar danego pomieszczenia oraz spełnia swoją funkcję dopiero po trwałym połączeniu z elementami konstrukcji budynku – a zatem jest wyposażeniem zamontowanym na stałe. Z łatwością można stwierdzić, że z taką sytuacją nie mamy do czynienia w tej sprawie, całość wyposażenia meblowego to meble standardowe, wolnostojące i niemocowane na stałe do konstrukcji budynku.

Minister Finansów w interpretacji ogólnej wydanej w 2020 roku (z 27 maja 2020 r. PT3.8101.2.2020) wskazał, że na podstawie art. 41 ust. 1 w zw. z art. 146aa ust. 1 pkt. 1 ustawy o VAT, stawka podatku wynosi 23%. W świetle art. 41 ust. 2 w zw. z art. 146aa ust. 1 pkt 3 ustawy dla towarów i usług wymienionych w zał nr 3 do ustawy, innych niż klasyfikowane według Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług w grupowaniu usługi związane z wyżywieniem (PKWU 56), stawka podatku wynosi 8%.

Podstawę do zastosowania stawki podatku VAT 8% do czynności polegających na wykonaniu trwałej zabudowy meblowej z uprzednio nabytych komponentów, wykonywanych w obiektach budowlanych zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym przewiduje przepis art. 41 ust. 12 ustawy o VAT.

Zgodnie z podjętą w dniu 24 czerwca 2013 roku przez NSA w składzie 7 uchwałą sygn. akt I FPS 2/13, czynności polegające na zaprojektowaniu, dopasowaniu oraz trwałym montażu komponentów meblowych w obiekcie budowlanym lub jego części (lokalu) objętym społecznym programem mieszkaniowym mieszczą się w pojęciu modernizacji obiektów budowlanych lub ich części, jeżeli następuje to z wykorzystaniem w sposób istotny elementów obiektu budowlanego/lokalu. Konstrukcyjne połączenie tych komponentów i elementów obiektu budowlanego lub jego części (lokalu) tworzy trwałą zabudowę spełniającą jako całość określoną funkcję użytkową.

Obniżony VAT na meble może dotyczyć wykonania mebla na wymiar, przeznaczonego do konkretnego pomieszczenia, na konkretne miejsce, w którym nastąpi montaż – i taki mebel po zdemontowaniu nie będzie mógł służyć w innym miejscu jak mebel wolnostojący, ponieważ w dużej mierze korzysta z konstrukcji budynku.

Mówiąc wprost, musi występować trwałe i funkcjonalne połączenie pomiędzy meblem a ścianami, sufitem oraz podłogą konkretnego lokalu. Taka zabudowa nie może zostać w prosty sposób odłączona od lokalu bez ingerencji w konstrukcję lokalu mieszkalnego.

Standardowa, podstawowa kwota VAT 23% dotyczy wszystkich mebli wolnostojących, a nawet wykonanych na indywidualne zamówienie i z uwzględnieniem konkretnych wymiarów wtedy, gdy istnieje możliwość ich zdemontowania i zamontowania w innym miejscu. W niniejszej sprawie w zakresie wyposażenia meblowego Zamawiający wymaga dostarczenia szaf, stołów, biurek, kontenerków, krzeseł, metalowych łóżek itd., które są meblami o standardowych wymiarach i właściwościach oraz co istotne – są wyposażeniem wolnostojącym, niemontowanym na stałe w wyznaczonych miejscach.

Wykonawca w swojej kalkulacji (załącznik 1.10) wskazał, że na wyposażenie meblowe przeznacza kwotę 826 976,42 zł netto, w czym zawarł jeszcze rolety okienne w kwocie 54 509,82 zł. Na wyposażenie poza roletami Wykonawca przeznaczył zatem 772 466,6 zł netto – przy czym Wykonawca do oferty przyjął stawkę 8%, a zatem brutto jest to 834 263,93 zł. Tyle Wykonawca zgodnie ze swoimi kalkulacjami dostanie od Zamawiającego na wykonanie tej części zamówienia, podczas gdy podwykonawcom będzie musiał zapłacić kwotę 905 947,24 zł. Oznacza to, że Wykonawca zaoferował wykonanie zamówienia w zakresie wyposażenia meblowego poniżej kosztów jakie będzie musiał podnieść.

Nieprawidłowe udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci

Wykonawca MOSTY ŁÓDŹ S.A. w formularzu ofertowym rzeczywiście wskazał, że zamówienie wykona za pomocą podwykonawców.

Teoretycznie to podmiot trzeci spełnia warunek udziału w postępowaniu, który został postawiony szeroko i dotyczy doświadczenia w realizacji całości przedmiotu tego zamówienia,

podmiot trzeci zobowiązał się do wykonania specjalistycznych robót budowlanych, a zatem do wykonania znacznej części niniejszego zamówienia, bowiem wg kwalifikacji PKD roboty budowlane specjalistyczne określone są w Sekcji F dział 43 i obejmują praktycznie wszystkie roboty budowlane łącznie z instalacjami – oprócz robót związanych ze wznoszeniem budynków i budową obiektów inżynierii lądowej i wodnej (działy 41 i 42).

Wykonawca składał wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, do których dołączył szereg dowodów w postaci ofert podwykonawców. Co istotne – wśród przedłożonych dowodów nie znalazła się żadna oferta od podmiotu trzeciego, który rzekomo ma realizować roboty specjalistyczne. Przeciwnie – Wykonawca załączył dowody, z których wynika, że część takich prac wykonają również inne podmioty. Powstaje zatem znaczna wątpliwość co do tego jaki zakres zamówienia Wykonawca zamierza zlecić do wykonania podmiotowi trzeciemu, i czy w ogóle zamierza korzystać z tego podmiotu, bowiem żadna oferta co do zakresu prac podmiotu trzeciego nie została złożona. Zdaniem Odwołującego – i co wynika z braku dowodów - Wykonawca nie zamierza zlecić podmiotowi trzeciemu zakresu prac, jaki jest wymagany stosownie do treści art. 118 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględni odwołanie i w związku z uwzględnieniem zarzutów podniesionych w treści odwołania zamawiający wykona czynności w zakresie określonym w żądaniu odwołania – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

W wyniku wniesienia odwołania spółki CZEŚTOBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie z Zamawiający dokona kontroli dokumentacji przetargowej oraz wykonanych czynności. W celu dochowania należytej staranności oraz zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania uczestników postępowania Zamawiający pragnie, aby postępowanie było prowadzone w sposób należyty z zachowaniem wszelkich zasad wynikających z ustawy Pzp.

Wykonawca Mosty Łódź SA zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania, a po złożeniu przez zamawiającego oświadczenia o uwzględnieniu odwołania, nie wniósł sprzeciwu w przedmiocie uwzględnienia.

Izba rozpoznając przedmiotowe odwołanie na posiedzeniu ustaliła, że postępowanie odwoławcze należy umorzyć na podstawie przepisu art. 522 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 575 ustawy Pzp wskazanej

powyżej oraz § 9 ust. 1 pkt 2a 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. poz. 2437), z których wynika, że jeżeli zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu przed rozpoczęciem rozprawy, koszty postępowania znosi się wzajemnie.

Przewodniczący: