

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Mateusz Paczkowski

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 stycznia 2025 r. przez wykonawcę eRSbet sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Sąddeckie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PABUD sp. z o.o. z siedzibą w Podegrodziu, ZAW BUD Fabian Zawilowicz

orzeka:

uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Sąddeckie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy eRSbet sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu i przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy eRSbet sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu,

kosztami postępowania obciąża zamawiającego Sąddeckie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu i:

zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez wykonawcę eRSbet sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu kwoty: 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania i 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz poniesione przez zamawiającego Sąddeckie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu kwoty: 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, 981 zł 54 gr (dziewięćset osiemdziesiąt jeden złotych pięćdziesiąt cztery grosze) tytułem kosztów dojazdu,

zasądza od zamawiającego Sąddeckie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu na rzecz wykonawcy eRSbet sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu kwotę 23 600 zł 00 gr (dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i 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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt:KIO 291/25

UZASADNIENIE

Sąddeckie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa Osiedla Zakole Dunajca – 3 budynki” (znak postępowania: 2.1.2/24). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 listopada 2024 r. pod numerem 689252-2024.

W dniu 27 stycznia 2025 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca eRSbet sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec odrzucenia oferty Odwołującego, w związku z czym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 4), pkt 10) w zw. z art. 16 pkt 1 in fine ustawy Pzp z uwagi na odrzucenie oferty Odwołującego jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów oraz z uwagi na uznanie, że zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu, mimo że oferta Odwołującego jest ważna, a cena i koszt zostały obliczone prawidłowo.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
2. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący złożył ważną ofertę w Postępowaniu, która powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, gdyż mimo zastosowania najwyższej stawki VAT jest najtańszą spośród ofert złożonych w Postępowaniu. Na skutek podjętych przez Zamawiającego niezgodnie z prawem czynności

Wykonawca składający odwołanie nie uzyska niniejszego zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp Odwołujący może ponieść szkodę, poprzez nieuzyskanie zamówienia, które zgodnie z przepisami powinno zostać udzielone właśnie Odwołującemu. W ten sposób Odwołujący nie uzyska korzyści płynących z realizacji zamówienia.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 17 stycznia 2025 r. (zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 27 stycznia 2025 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 20 000,00 złotych (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Zamawiający pismem z dnia 11 lutego 2025 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Przy zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego z dnia 31 stycznia 2025 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia PABUD sp. z o.o. z siedzibą w Podegrodziu, ZAW BUD Fabian Zawilowicz zajęł stanowisko merytoryczne, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Dodatkowo Odwołujący pismem z dnia 13 lutego 2025 r. odniósł się do stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba nie uwzględniła przy tym uwag Zamawiającego zawartych w odpowiedzi na odwołanie co do braków formalnych odwołania w zakresie niepodania numeru telefonu Zamawiającego, a także sprecyzowanego wskazania czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej. Brak podania numeru telefonu Zamawiającego Izba uznała za oczywistą niedokładność odwołania, która nie stanowiła przeszkody do nadania mu biegu i rozpoznania przez Izbę (por. art. 518 ust. 2 ustawy Pzp). Odwołujący podał bowiem nazwę i siedzibę Zamawiającego, numer KRS, numer NIP, a także adres poczty elektronicznej Zamawiającego. W ocenie Izby oznaczenie w ten sposób strony - Zamawiającego było wystarczające do rzetelnej i pewnej identyfikacji danej strony postępowania odwoławczego. Niezasadna była też druga uwaga Zamawiającego, tj. co do braku sprecyzowanego wskazania czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej. Ustawie Pzp nie jest znany wymóg odwołania w przytoczonym brzmieniu. Art. 516 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wymaga *wskazania czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, lub wskazanie zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy*. Nie ma więc mowy w przepisie o związku zaskarżanej czynności z wyborem oferty najkorzystniejszej (który notabene zgodnie z przekazaną dokumentacją przez Zamawiającego, jeszcze nie nastąpił). Natomiast w ocenie Izby, Odwołujący w sposób prawidłowy wskazał czynność, wobec której wniósł odwołanie, a która to w jego ocenie była niezgodna z przepisami ustawy Pzp – czynność odrzucenia jego oferty. Wobec czego nie było powodów, dla których należałoby stwierdzić jakiegokolwiek braki formalne odwołania.

Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący wykazał przesłanki skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie po stronie Zamawiającego zgłosił PABUD sp. z o.o. z siedzibą w Podegrodziu, ZAW BUD Fabian Zawilowicz. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia ani opozycji przeciw przystąpieniu do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłoszonego po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji postępowania, a ponadto załączone do odpowiedzi na odwołanie (kopie SWZ i Formularza oferty Odwołującego z poprzedniego zadania, w którym ujął właściwą mieszaną stawkę VAT, kopie pism Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 13 sierpnia 2020 r., 11 września 2019 r., 16 listopada 2017 r.) oraz do pisma Odwołującego z dnia 13 lutego 2025 r. (*Załącznik nr 1: przyporządkowanie stawek VAT, wraz z danymi dotyczącymi powierzchni budynku (opracowanie własne Odwołującego na podstawie dokumentacji zamówienia)*).

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W pkt 3.1 SWZ wskazano, że przedmiotem zamówienia publicznego jest wykonanie robót budowlanych, dla inwestycji pn. Budowa Osiedla Zakole Dunajca – 3 budynki. W pkt 3.2 Zamawiający doprecyzował zakres zamówienia dla każdego

z budynków – A, B i C. Tamże Zamawiający doprecyzował, że przedmiotem zamierzenia budowlanego jest również budowa Zespołu małej architektury, tężni solankowej, placu zabaw z częścią rekreacyjną, wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną i urządzeniami budowlanymi na wskazanej działce. Zamawiający podał też, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera dokumentacja budowlana i techniczna (załącznik nr 7, 9 do SWZ) oraz STWiORB (załącznik nr 8 do SWZ). Pozostałe wskazania odnośnie przedmiotu zamówienia zawarto w dalszych fragmentach pkt 3 SWZ.

W formularzu ofertowym Odwołujący zastosował jednolitą stawkę VAT w wysokości 23% dla całej oferty. Różnice się od siebie stawki VAT przyjęli w swoich ofertach też pozostali dwaj wykonawcy.

Pismem z dnia 2 stycznia 2025 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, na jakiej podstawie Odwołujący zastosował stawkę 23% VAT dla całości zadania. Zamawiający wskazał przy tym, że: „Rodzaj robót objęty jest podatkiem VAT 8 i 23 %. Zamawiający w danym postępowaniu wydaje środki mieszkańcom Nowego Sącza i nie może przeplacać inwestycji o niezasadnie powiększony podatek VAT”.

Pismem z dnia 9 stycznia 2025 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia o następującej treści: „Zgodnie z obowiązującymi przepisami, podstawową stawką VAT jest stawka 23 %. Stawkę 8% można zastosować w przypadkach określonych przepisami prawa. W zakresie realizacji kompleksowych budynków, możliwe jest zastosowanie zróżnicowanej stawki 8% i 23% w sytuacji, w której możliwe jest wyodrębnienie zakresu prac podlegających stawce podstawowej (23%) i stawce preferencyjnej (8%). Tymczasem, zgodnie z przygotowaną przez Zamawiającego dokumentacją przetargową, takie wyodrębnienie nie jest możliwe – a to z uwagi na braki stosownej dokumentacji, jak również brak precyzyjnego wskazania powierzchni mieszkalnych i usługowych budynków oraz powierzchni z nimi związanych, jak również elementów infrastruktury, podlegających bezsprzecznie stawce 23%. Braki te, pomimo wielokrotnego zadawania pytań oraz składania wniosków, nie zostały uzupełnione przez Zamawiającego. W szczególności braki te prowadzą do nie przedłożenia wykonawcom pełnej dokumentacji projektowej, przedmiarów oraz pełnego opisu przedmiotu zamówienia. Przedstawione przez Zamawiającego projekty oraz decyzje organów architektonicznych nie korespondują ze sobą i nie pozwalają na ustalenie, która wersja projektu jest ostateczna i jakie lokale mają znajdować się w budynku. Co więcej, w przypadku budynku C, przedłożone przez Zamawiającego rzuty, elewacje i przekroje dotyczą budynku A. Dokumenty te nie pozwalają zatem nawet w sposób jednoznaczny ustalić powierzchni mieszkalnej budynków i ich proporcji do powierzchni pozostałych (usługowej, wspólnej, garaży itd.), a także zakresu robót nie związanych z częściami mieszkalnymi czy realizowanymi poza budynkami (Zamawiający w ogóle nie przedłożył dokumentacji projektowej infrastruktury zewnętrznej). To z kolei uniemożliwia ustalenie przez wykonawcę właściwej wartości poszczególnych zakresów robót, stąd też i w konsekwencji nie jest możliwe prawidłowe wskazanie preferencyjnej stawki VAT 8% - jako że nie wiadomo dla jakiego zakresu, a zatem i dla jakiej wartości można ją zastosować. Podkreślenia wymaga również, iż Zamawiający postępowanie przygotował jako jednolite. Tak też został przygotowany formularz cenowy, wyróżniając jedynie poszczególne budynki, za które należało wskazać jedną cenę, z jednym podatkiem VAT. Formularz ten w żaden sposób nie umożliwiał wyróżnienia poszczególnych zakresów prac z uwagi na różne stawki VAT. Z tego też względu niezrozumiałe są dla Wykonawcy twierdzenia Zamawiającego, jakoby zamówienie winno zostać objęte dwiema stawkami VAT – 8 i 23%. Gdyby tak było, Zamawiający winien przewidzieć ten fakt w postępowaniu (np. poprzez wskazanie zakresów prac dla poszczególnych stawek VAT), w tym w formularzu oferty (również poprzez umożliwienie wyszczególnienia poszczególnych zakresów i odrębnych stawek VAT dla tych zakresów). Także w przygotowanym przez Zamawiającego wzorze umowy (§ 9) wskazane jest jedno wynagrodzenie za całość przedmiotu zamówienia, z jednym podatkiem VAT. Dodatkowo wskazujemy, że sama treść złożonych ofert potwierdza, że przygotowana dokumentacja była niekompletna, uniemożliwiająca jednolitą wykładnię co do stawek VAT dla zakresu zamówienia. Każda ze złożonych ofert bowiem odrębnie wskazuje stawkę podatku VAT dla poszczególnych elementów zamówienia (przy czym oferty pozostałych wykonawców dokonały w tym zakresie modyfikacji formularza oferty). Co więcej, oferty pozostałych wykonawców wskazują jedynie stawki podatku 8 i 23%, jednakże bez wskazania do jakiej części robót je stosują oraz jaka jest wartość prac objęta stawką 8%, a jaka stawką 23%. Oferty te zatem są w ogóle niemożliwe do weryfikacji pod kątem wyliczeń podatku VAT. Mając na uwadze powyższe niejasności w zakresie przedłożonej dokumentacji, które pomimo pytań i wniosków wykonawców nie zostały uzupełnione, jak również z uwagi na orzecznictwo KIO (por. np. wyrok KIO z dnia 17 września 2024r., KIO 3033/24), wykonawca zastosował stawkę podstawową VAT, 23%, a to wobec nie przedłożenia przez Zamawiającego wystarczających danych dla zastosowania stawki preferencyjnej 8%. Podkreślenia wymaga także, że zastosowanie podstawowej stawki VAT nie wiąże się dla Zamawiającego również z żadnymi negatywnymi, choćby potencjalnie, konsekwencjami na gruncie przepisów podatkowych. Zamawiający będzie w pełni uprawniony do dokonania odliczenia w całości podatku VAT naliczonego w stawce podstawowej (por. np. wyrok KIO z 31.03.2014r., KIO 489/14, wyrok KIO z 10 kwietnia 2013 r., KIO 735/13). Niezależnie od powyższego, w związku z twierdzeniami zawartymi w wezwaniu, że Zamawiający musi dbać o konieczności dbania o środki mieszkańców Nowego Sącza i niemożności przeplacania za inwestycję, zwracamy uwagę, że nasza oferta, pomimo zastosowania jednolitej

stawki VAT 23%, zawiera najniższą cenę, zarówno netto, jak i brutto. Zatem to nasza oferta w każdym aspekcie jest najkorzystniejsza cenowo dla mieszkańców Nowego Sącza, jak i dla Zamawiającego. W takiej sytuacji Zamawiający jak najbardziej jest uprawniony do dokonania wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, co jest zarówno zgodne z przepisami prawa zamówień publicznych, jak i regulacjami dotyczącymi finansów publicznych (por. wyrok KIO z 06.11.2012r., KIO 2294/12)".

Pismem z dnia 17 stycznia 2025 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 i 10 ustawy Pzp (pierwotnie Zamawiający omyłkowo podał jako podstawy prawne art. 223 ust. 1 pkt 4 i 10 ustawy Pzp), jako uzasadnienie faktyczne wskazując, że: „Wykonawca w swojej ofercie i formularzu cenowym zastosował jednolitą stawkę podatku Vat 23%. W tym względzie zamawiający wystosował do Wykonawcy wezwanie o wyjaśnienie treści oferty w zakresie zastosowanej podstawy podatku VAT. Wykonawca złożył wyjaśnienia w wymaganym terminie. Jednakże, wyjaśnienia Wykonawcy wskazują jednoznacznie, że zastosował zgodną z ustawą o Vat stawkę Vat na robotach przyłączeniowych i zagospodarowaniu terenu oraz wykonaniu Suplementu. Przytoczone przez Wykonawcę wyroki KIO zostały wydane w odmiennym stanie faktycznym danych spraw względem sprawy naszego postępowania. Zgodnie z ustawą o Vat roboty budowlane przedmiotu zamówienia polegające na budowie obiektów mieszkalnych objęte są stawką Vat 8%, a roboty zagospodarowania terenu i wykonania przyłączy do budynku mieszkalnego objęte są stawką Vat 23%. Należy stwierdzić, że oferta wykonawcy jest niezgodna z przepisami ustawy o Vat oraz zawiera niepoprawialny błąd w obliczeniu ceny oferty". W pozostałym zakresie Zamawiający powołał się na opinię UZP, stanowisko SN oraz Izby co do niemożności poprawienia błędu w obliczeniu ceny oferty wykonawcy.

Biorąc pod uwagę stanowiska stron, uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4) i 10) ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 4) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów,
- 10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Art. 16 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W pierwszej kolejności, okoliczność wystąpienia omyłki co do wskazania błędnej podstawy prawnej odrzucenia oferty (pierwotnie Zamawiający podał jako podstawy prawne art. 223 ust. 1 pkt 4 i 10 ustawy Pzp) była oczywista tak dla stron, jak i dla Izby. Odwołujący nie miał trudności z identyfikacją intencji Zamawiającego w zakresie podstaw prawnych odrzucenia oferty, co wyczerpuje potrzebę szerszych rozważań w tym przedmiocie.

Jeśli więc chodzi o pierwszą z przesłanek odrzucenia oferty Odwołującego, którą wskazał Zamawiający, tj. art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, to w ocenie Izby uzasadnienie faktyczne nijak nie referuje do kwestii nieważności oferty na podstawie odrębnych przepisów. Nie są zatem znane Izbie, jak i Odwołującemu (na co wskazał w odwołaniu) powody, dla których Zamawiający powołał się również na art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Z pewnością nie można jakkolwiek zestawiać niezgodności z ustawą o podatku od towarów i usług poprzez błędną stawkę VAT w ofercie z nieważnością całej oferty na podstawie odrębnych przepisów.

Jednocześnie, w ocenie Izby, również odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w ustalonym stanie faktycznym nie było zasadne. Zamawiający bowiem nie wykazał, że oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny w postaci błędnej stawki VAT.

Istotnym jest zauważenie, że zamawiający jest zobowiązany do wykazania, że zaistniały stan faktyczny uzasadniał odrzucenie oferty, a wykazanie musi zostać zawarte w informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy. Podkreślić trzeba bowiem, że to właśnie okoliczności faktyczne i podstawa prawna czynności odrzucenia oferty wykonawcy podane w informacji o odrzuceniu oferty, powinny stanowić punkt odniesienia dla wykonawcy chcącego skorzystać ze środka odwoławczego w postaci odwołania. Zarazem to z punktu widzenia prawnych i faktycznych podstaw ujawnionych w informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy, Izba dokonuje oceny zasadności czynności zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne powinno być zatem sporządzone w stopniu wystarczającym do zidentyfikowania okoliczności faktycznych stojących za decyzją zamawiającego oraz do podjęcia polemiki na etapie postępowania odwoławczego.

Przechodząc wprost do treści uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego, w pierwszej kolejności sprowadzała się ona do przytoczenia stanu faktycznego o tym jaką stawkę zastosował Odwołujący, że na wezwanie Zamawiającego Odwołujący udzielił wyjaśnień co do przyjętej stawki VAT oraz że Odwołujący: „zastosował zgodną z ustawą o Vat stawkę Vat na robotach przyłączeniowych i zagospodarowaniu terenu oraz wykonaniu Suplementu". Są to okoliczności bezsporne dla sprawy.

Analizując uzasadnienie faktyczne czynności Zamawiającego, zauważyć trzeba, że w istocie Zamawiający swoją decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego oparł więc na jednozdaniowym twierdzeniu, że: „Zgodnie z ustawą o Vat roboty budowlane przedmiotu zamówienia polegające na budowie obiektów mieszkalnych objęte są stawką Vat 8%". W konsekwencji, dla Zamawiającego: „oferta wykonawcy jest niezgodna z przepisami ustawy o Vat oraz zawiera

niepoprawialny błąd w obliczeniu ceny oferty”.

Zamawiający stwierdził też, że podane w wyjaśnieniach przez Odwołującego orzecznictwo na poparcie przyjętej stawki VAT dotyczyło odmiennych stanów faktycznych względem przedmiotowego postępowania.

W pozostałym zakresie Zamawiający powołał się na opinię UZP, stanowisko SN oraz Izby co do niemożności poprawienia błędu w obliczeniu ceny oferty wykonawcy. Abstrahując więc na moment od zasadności i wykazania stwierdzonego błędu przez Zamawiającego, należy zgodzić się z Zamawiającym, że ustalenie ceny oferty z zastosowaniem błędnej stawki podatku VAT niewątpliwie stanowi błąd w obliczeniu ceny (art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp), a gdy zamawiający nie określił w dokumentach zamówienia właściwej stawki podatku – uchybienie wykonawcy nie ulega poprawieniu. Tym niemniej, istota sporu nie sprowadzała się do tej kwestii. Istotnym w sprawie było to, czy Zamawiający wykazał, że oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny oraz że jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, co w ocenie Izby nie nastąpiło.

W ocenie Izby taka argumentacja nie jest wystarczająca do uznania, że okoliczność stojąca za odrzuceniem oferty Odwołującego była wykazana. Zamawiający *de facto* jednoznacznie przyjął w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, że: *„Zgodnie z ustawą o Vat roboty budowlane przedmiotu zamówienia polegające na budowie obiektów mieszkalnych objęte są stawką Vat 8%”*. Niemniej jednak Zamawiający nie sprecyzował choćby, jaki konkretnie zakres zamówienia podlegał innej stawce niż przyjął Odwołujący, w jaki sposób można to było wywieść z dokumentacji zamówienia, z jakich przepisów o ustawie o podatku od towarów i usług to wynika. Zamawiający również poza lakonicznym stwierdzeniem, że podane w wyjaśnieniach przez Odwołującego orzecznictwo na poparcie przyjętej stawki VAT dotyczyło odmiennych stanów faktycznych względem przedmiotowego postępowania, nie odniósł się do argumentacji przedstawionej przez Odwołującego w wyjaśnieniach z dnia 9 stycznia 2025 r.

Mając rzecz jasna na uwadze domyślny rozkład ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym, nie można jednak zapominać o tym, że zanim dojdzie do ewentualnego wniesienia odwołania przez wykonawcę to zamawiający jest zobowiązany do wykazania, że zaistniały stan faktyczny uzasadniał odrzucenie oferty, a wykazanie musi zostać zawarte w informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy. Izba nie może więc zaakceptować sytuacji, w której Zamawiający, podejmując decyzję mającą najpoważniejsze negatywne konsekwencje dla Odwołującego, jaką jest odrzucenie jego oferty, arbitralnie stwierdza, że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, przy czym jakkolwiek nie uzewnętrznia powodów, dla których tak uznał. Powyższe, po pierwsze nie pozwala Izbie na ocenę zasadności czynności Zamawiającego. Należy przypomnieć, że czynność odrzucenia oferty może być oceniana wyłącznie w zakresie tych okoliczności, które zostały przez zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Po drugie, brak uzewnętrznienia szerszych powodów odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego sprawia, że Odwołujący musi przyjąć w odwołaniu abstrakcyjną argumentację, nie referującą wprost do treści uzasadnienia oferty i polemiki z twierdzeniami Zamawiającego. Stąd też argumentacja Odwołującego co do tego, że zapisy dokumentacji zamówienia jednoznacznie wskazują, że Zamawiający ukształtował postępowanie w sposób, który sugerował i utwierdzał wykonawców w przekonaniu o konieczności podania jednej, ryczałtowej ceny z jednolitą stawką VAT dla całego przedmiotu zamówienia oraz dalsze wywody co do przyjęcia legalnej stawki podatku od towarów i usług z punktu widzenia przepisów podatkowych i karnoskarbowych, co Odwołujący dodatkowo próbował wykazać za pomocą własnego opracowania dotyczącego *przyporządkowania stawek VAT na podstawie dokumentacji zamówienia oraz własnej analizy podatkowej*, są w tych okolicznościach przedwczesne. Słusznie więc Odwołujący zauważył w treści odwołania, że *„Zamawiający w odrzuceniu oferty nie przedstawia żadnych argumentów przemawiających za koniecznością zastosowania stawki obniżonej w jakimkolwiek zakresie”*.

Również argumentacja Zamawiającego przedstawiana na etapie postępowania odwoławczego nie mogła zostać uznana za rozstrzygającą. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, powołując się na załączone pisma Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej, wskazywał, że wykonanie robót wewnątrz budynków objętych przedmiotem zamówienia powinna być objęta stawką 8% VAT. Jak już wyżej wskazywano, istotnym dla rozstrzygnięcia zasadności wniesionego odwołania w tym przypadku było to, co Zamawiający podniósł w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Niedopuszczalnym jest bowiem powoływanie się na nowe okoliczności dopiero przed Izbą. Tym samym, na etapie postępowania odwoławczego Zamawiającego rozszerzył swoją argumentację o dodatkowe okoliczności, wobec czego są one spóźnione. Próżno szukać w treści uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego odniesienia do poprawnej stawki podatku co do zakresu prac wewnątrz bryły budynku. Po raz kolejny podkreślić trzeba, że Zamawiający ograniczył się tylko do wskazania, że roboty budowlane przedmiotu zamówienia polegające na budowie obiektów mieszkalnych objęte są stawką 8% VAT. Jednocześnie, subiektywna opinia Zamawiającego, iż błąd Odwołującego był prosty nie zmienia powyższych ustaleń. Jak bowiem pokazuje zaistniały w sprawie stan faktyczny, każdy z trzech wykonawców przyjął odmienną stawkę VAT, co sugeruje, że okoliczność zidentyfikowania właściwej stawki VAT nie była oczywista dla wykonawców. Nie przekonuje Izby również argument Zamawiającego, że w poprzednio prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu przy identycznych zapisach sposobu obliczenia ceny Odwołujący zastosował mieszany

VAT 8% i 23% (na czego Zamawiający przedstawił wzór formularza ofertowego oraz formularz ofertowy Odwołującego dotyczące tamtego postępowania). Okoliczność ta nie ma również wpływu na rozstrzygnięcie. Po pierwsze, to, jaką stawkę przyjął w ofercie Odwołujący w innym, przeszłym postępowaniu, nie może stanowić automatycznie poprawnego wzoru na poczet kolejnych postępowań. Po drugie zaś nie zostało wykazane, że przedmioty obu postępowań były tożsame.

Mając więc na uwadze treść uzasadnienia podanego przez Zamawiającego, odrzucenie oferty Odwołującego było niezasadne, czym Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 4) i 10) w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Przeprowadzenie czynności badania i oceny oferty Odwołującego powinna zostać powtórzona, a wynik ponownej oceny Zamawiający powinien wyczerpująco przedstawić w rozstrzygnięciu postępowania. Na obecnym etapie, rozstrzyganie przez Izbę, czy odrzuceniu podlega oferta Odwołującego, wobec braku dostatecznej argumentacji w uzasadnieniu, jest przedwczesne.

Reasumując powyższe, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, w związku z czym Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem jego oferty.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 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).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:.....