

Sygn. akt:KIO 449/25
KIO 453/25

WYROK

Warszawa, dnia 19 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Matecka

Protokolant:Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 6 lutego 2025 r. przez:

A.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Agrobex sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz Agrobex Budowa sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (KIO 449/25)

B.wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” – Przemysłówka sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy(KIO 453/25)

w postępowaniu prowadzonym przez Bydgoskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy

przy udziale:

A.wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” – Przemysłówka sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy - uczestnika postępowania po stronie odwołującego w sprawie KIO 449/25

B.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Agrobex sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz Agrobex Budowa sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu - uczestnika postępowania po stronie zamawiającego w sprawie KIO 453/25

C.wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „LECH” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu – uczestnika postępowania po stronie zamawiającego w sprawie KIO 449/25 oraz KIO 453/25

orzeka:

I.KIO 449/25

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania

II.KIO 453/25

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt:KIO 449/25
KIO 453/25

Uzasadnienie

Zamawiający Bydgoskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Wykonanie robót budowlanych – wybudowanie dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych przy ul. Leona

Posłusznego 5 i 9 w Bydgoszczy" (dalej: „Postępowanie”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 października 2024 r., nr publikacji ogłoszenia: 652022-2024, numer wydania Dz.U. S: 210/2024.

I. W dniu 6 lutego 2025 r.:

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Agrobex sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz Agrobex Budowa sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (KIO 449/25) – dalej: „Odwołujący Agrobex”;
- wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” – Przemysłówka sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (KIO 453/25) – dalej: „Odwołujący Ebud”

wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu.

Odwołujący Agrobex zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 223 ust. 1 w zw. art. 16 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”) poprzez niedopuszczalne prowadzenie między Zamawiającym a wykonawcą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe L. sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej jako „wykonawca L.”) negocjacji dotyczących złożonej oferty i uznanie oferty tego wykonawcy za najkorzystniejszą w Postępowaniu w sytuacji, gdy oferta ta powinna podlegać odrzuceniu jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny wobec faktycznego zastosowania przez wykonawcę L. nieprawidłowej stawki podatku VAT dla elementu robót, jakimi są „instalacje zewnętrzne” (8% zamiast 23%), a konsekwencji zastosowanie 8% stawki podatku VAT w ramach całej pozycji V Tabeli Elementów Scalonych „Instalacje elektryczne i teletechniczne”, gdzie błąd ten został dostrzeżony przez Zamawiającego, a mimo to Zamawiający wezwał wykonawcę L. do złożenia wyjaśnień i następnie zaakceptował udzielone wyjaśnienia co do rzekomej wyceny pozycji „instalacje zewnętrzne” w ramach innej grupy kosztów – pozycji III Tabeli Elementów Scalonych „Zagospodarowanie terenu”, choć koncepcja prezentowana w wyjaśnieniach dotycząca zagregowania tej grupy kosztów w innej pozycji jest nieprzekonująca, niewiarygodna (w szczególności w kontekście wyceny pozostałych pozycji przez wykonawcę L.) i stanowi wyłącznie próbę sanowania popełnionego wcześniej błędu polegającą na negocjacji złożonej oferty.

Odwołujący Abrobex wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu i przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności odrzucenie oferty wykonawcy L. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Odwołujący Ebud zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1)art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy L. jako najkorzystniejszej, podczas gdy Zamawiający zobligowany był do jej odrzucenia, ponieważ oferta L. zawiera błędy w obliczeniu ceny, a jednocześnie zaniechanie dokonania wyboru oferty Ebud jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta Odwołującego w rankingu ofert - wobec konieczności odrzucenia oferty wykonawcy L. - zajęłaby pierwsze miejsce uzyskując wynik na poziomie 97,0 pkt;
- 2)art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia wykonawcy L., mimo że oferta wykonawcy L. zawiera błędy w obliczeniu ceny, zatem Zamawiający był zobligowany do jej odrzucenia;
- 3)art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie Odwołującego, podczas gdy nie wystąpiły okoliczności do zastosowania przedmiotowego przepisu z uwagi na to, że oferta Ebud nie zawiera błędów w obliczeniu ceny, a zastosowane przez Odwołującego w ofercie stawki podatku VAT są prawidłowe,

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia powyższych zarzutów:

- 4)art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez:
 - a)uwzględnienie wyjaśnień wykonawcy L. złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, podczas gdy z lakonicznej treści pisma wykonawcy L. w żaden sposób nie wynika, dlaczego ww. wykonawca przyjął w swojej ofercie takie stawki VAT oraz wbrew wezwaniu Zamawiającego nie udokumentował swojego stanowiska, co doprowadziło do nierównego potraktowania wykonawców biorących udział w Postępowaniu,
 - b)zaniechanie ponownego wezwania wykonawcy L. do złożenia dodatkowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów uzasadniających sposób obliczenia zaoferowanej ceny w zakresie zastosowanych stawek podatku VAT.

Odwołujący Ebud wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości,
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy L. jako najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy L. jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny lub kosztu (art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp).

Z daleko posuniętej ostrożności, na wypadek gdyby Izba nie uwzględniła powyższych wniosków, Odwołujący wniósł o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy L. jako najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- wezwanie wykonawcę L. do złożenia dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 233 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem wykonawca L. nie wyjaśnił w sposób prawidłowy i dostateczny zastosowanych stawek VAT w złożonej ofercie, tj. nie wyjaśnił sposobu obliczenia zaoferowanej ceny ofertowej oraz nie przedstawił na tę okoliczność żadnych dowodów.

Dodatkowe stanowisko w sprawie Odwołujący Ebud przedstawił w piśmie z dnia 27 lutego 2025 r.

II. Pismem z dnia 26 lutego 2025 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołania. Zamawiający uznał zarzuty przedstawione w obydwu odwołaniach za niezasadne i wniósł o ich oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili:

- wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” – Przemysłówka sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy - po stronie odwołującego w sprawie KIO 449/25 (dalej: „Przystępujący Ebud”),
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Agrobex sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz Agrobex Budowa sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu - po stronie zamawiającego w sprawie KIO 453/25 (dalej: „Przystępujący Agrobex”)
- wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „LECH” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu – po stronie zamawiającego w sprawie KIO 449/25 oraz KIO 453/25 (dalej także jako: „Przystępujący L.”).

Pismem z dnia 27 lutego 2025 r. Przystępujący Ebud przedstawił stanowisko w sprawie KIO 449/25. Wniósł o uwzględnienie odwołania.

Pismem z dnia 27 lutego 2025 r. Przystępujący Agrobex przedstawił stanowisko w sprawie KIO 453/25. Wniósł o oddalenie odwołania w zakresie odnoszącym się do dokonanej przez Zamawiającego oceny oferty Odwołującego.

Pismem z dnia 27 lutego 2025 r. Przystępujący L. przedstawił stanowisko w obydwu sprawach. Wniósł o oddalenie obydwu odwołań.

IV.

Pismem z dnia 10 marca 2025 r. Zamawiający przedstawił dodatkowe stanowisko w obydwu sprawach.

Pismem z dnia 11 marca 2025 r. Odwołujący / Przystępujący Agrobex przedstawił dodatkowe stanowisko w obydwu sprawach.

Pismem z dnia 11 marca 2025 r. Odwołujący / Przystępujący Ebud przedstawił dodatkowe stanowisko w obydwu sprawach.

Pismem z dnia 11 marca 2025 r. Przystępujący L. przedstawił dodatkowe stanowisko w obydwu sprawach.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zarzuty dotyczące oferty wykonawcy L. (pozycja V Tabeli Elementów Scalonych) – KIO 449/25 oraz KIO 453/25

Odwołujący Agrobex zarzucił Zamawiającemu, że przyjął wyjaśnienia wykonawcy L., w których element wyceny „instalacje elektryczne zewnętrzne”, objęty 23% stawką VAT, został przeniesiony z pozycji V Tabeli Elementów Scalonych (dalej: „TES”) do pozycji III TES. Zdaniem Odwołującego Agrobex miało to na celu naprawienie błędu w zakresie błędnego obliczenia stawki VAT dla pozycji V TES. W ocenie Odwołującego Agrobex już samo wezwanie wykonawcy L. do przedstawienia wyjaśnień było nieuprawnione i miało na celu ratowanie oferty tego wykonawcy. Odwołujący Agrobex wskazał, że z treści oferty wykonawcy L. wynika, co zdawał sobie sprawę Zamawiający, że

wykonawca L. zastosował dla instalacji elektrycznych i teletechnicznych zewnętrznych nieprawidłową stawkę VAT, tj. 8% zamiast 23%. Odwołujący Agrobex wskazał ma niekonsekwencję w działaniach wykonawcy L., gdyż przyłącza i zewnętrzne instalacje sanitarne nie zostały przez niego zagregowane w ramach pozycji III TES. Stwierdził, że działanie wykonawcy L. nie znajduje oparcia w treści Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego (dalej: „HRF”) oraz Protokołu miesięcznego, stanowiących załączniki do pliku excel Załącznik nr 4_TES.

Również Odwołujący Ebud zarzucił, że wykonawca L. w celu naprawienia popełnionego błędu w obliczeniu ceny, polegającego na niezastosowaniu mieszanej stawki VAT (8% i 23%) do pozycji V TES, dokonał przeniesienia elementu oświetlenia terenu i zewnętrznych instalacji elektrycznych do pozycji III TES, choć takiego samego zabiegu nie powtórzył w przypadku instalacji sanitarnych. Zdaniem Odwołującego Ebud stanowi to niedopuszczalną zmianę oferty (TES był obligatoryjnym elementem oferty). W ramach zarzutu ewentualnego Odwołujący Ebud podniósł, że wyjaśnienia przedstawione przez wykonawcę L. są lakoniczne i nie zostały poparte dowodami. Wskazał na zaniechanie ponownego wezwania wykonawcy L. do złożenia dodatkowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów uzasadniających sposób obliczenia zaoferowanej ceny w zakresie zastosowanych stawek VAT.

Izba ustaliła, że wykonawcy obowiązani byli do złożenia wraz z ofertą wypełnionej Tabeli elementów scalonych. TES zawiera pięć pozycji: I. Roboty budynek A, II. Roboty budynek B, III. Zagospodarowanie terenu, IV. Instalacje sanitarne, V. Instalacje elektryczne i teletechniczne. W Postępowaniu zostały złożone cztery oferty. W TES złożonych przez tych wykonawców wskazano różne stawki VAT. Pismami z dnia 16 grudnia 2024 r. Zamawiający wezwał wszystkich wykonawców, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, do udzielenia wyjaśnień w zakresie stawek VAT przyjętych do obliczenia ceny. W wezwaniu skierowanym do wykonawcy L. wskazano w szczególności:

„W ramach wstępnej oceny ofert Zamawiający powziął wątpliwość, do prawidłowego obliczenia zaoferowanej ceny. Wątpliwość dotyczy składowych ceny ofertowej, ujętych w poz. III i V Tabeli Elementów Scalonych stanowiącej wymagany załącznik do oferty. Kwota zaoferowana w pozycji III – 1.367.016,58 PLN brutto, to suma kwot 1.111.395,59 i 255.620,99 PLN co znaczy, że dla tej pozycji Wykonawca przypisał jednolitą stawkę VAT 23%. Podobnie kwota zaoferowana w pozycji V – 1.554.390 PLN brutto – to suma kwot 1.439.250 i 115.140 PLN co znaczy, że dla tej pozycji Wykonawca przypisał jednolitą stawkę VAT 8%. Stawkę VAT 23% dla pozycji III Tabeli zastosowano w jeszcze jednej ofercie. W pozostałych dwóch ofertach, do obliczenia ceny pozycji III i V zastosowano „mieszane” stawki VAT. W tej sytuacji Zamawiający zobowiązany jest wystąpić do wszystkich wykonawców, o wyjaśnienia w zakresie różniących się stawek VAT zastosowanych do obliczenia oferowanej ceny. Odnośnie spółki PW „LECH”, wyjaśnienia wymaga zastosowanie określonych stawek VAT dla pozycji I, III i V Tabeli elementów scalonych”.

Pismem z dnia 19 grudnia 2024 r. wykonawca L. udzielił następujących wyjaśnień:

„W nawiązaniu do otrzymanego pisma Zamawiającego nr 533/RP/KL/2024 z dn. 16.12.2024 r. wyjaśniamy, co następuje:

- 1.Poz. I, II Tabeli elementów scalonych – Obejmują pracę budowlaną wykonywaną w bryle budynków (roboty budowlane bez instalacji), dlatego przyjęto stawkę VAT 8%.
- 2.Poz. III Tabeli elementów scalonych - Obejmuje pracę budowlaną wykonywaną poza bryłą budynków, takich jak roboty drogowe, zieleni, mała architektura, oświetlenie terenu i zewnętrzne instalacje elektryczne, dlatego przyjęto stawkę VAT 23%.
- 3.Poz. IV Tabeli elementów scalonych – Obejmuje prace budowlane wykonywane w bryle jak i poza bryłą budynków, dlatego przyjęto „mieszane” stawki VAT tj. dla przyłączy i zewnętrznych instalacji sanitarnych stawkę VAT 23%, a dla wewnętrznych instalacji sanitarnych stawkę VAT 8%.
- 4.Poz. V Tabeli elementów scalonych - Obejmuje pracę budowlaną wykonywaną w bryle budynków (wewnętrzne instalacje elektryczne i teletechniczne), dlatego przyjęto stawkę VAT 8%.

W załączeniu do pisma przesyłamy tabelę elementów scalonych z rozpisanymi stawkami podatku VAT.”

Obydwaj Odwołujący zarzucili, że wykonawca L. popełnił błąd w obliczeniu ceny polegający na przyjęciu błędnej stawki VAT w zakresie pozycji V. W ocenie składu orzekającego Izby nie zostało w toku postępowania odwoławczego potwierdzone, że wykonawca L. zastosował błędną stawkę podatku VAT w odniesieniu do instalacji elektrycznych i teletechnicznych. Zgodnie z wyjaśnieniami wykonawcy L. oświetlenie terenu i zewnętrzne instalacje zostały uwzględnione w pozycji III zagospodarowanie terenu. Nie występuje zatem sytuacja, w której zaoferowana cena brutto poprzez zastosowanie niewłaściwej stawki VAT byłaby zaniżona lub zawyżona w stosunku do ceny obliczonej właściwie. Zdaniem składu orzekającego Izby brak jest podstaw, aby uznać wyjaśnienia wykonawcy L. za niezgodne z prawdą. Można w tym przypadku mówić jedynie o przypuszczeniach, domysłach, wątpliwościach. Istotnie, analogiczne

rozwiązanie, jak w przypadku pozycji V TES, nie zostało przez wykonawcę L. zastosowane w odniesieniu do pozycji IV TES instalacje sanitarne. Ponadto, wątpliwości może budzić złożony przez Przystępującego L. dowód nr 8 stanowiący ofertę na kompleksowe wykonanie instalacji elektrycznych i teletechnicznych wewnętrznych i zewnętrznych, która wizualnie jest identyczna z TES. Jednakże, nie zostały dowiedzione fakty, które jednoznacznie podważałyby prawdziwość twierdzeń wykonawcy L..

Mając na uwadze powyższe, należało przyjąć, że wykonawca L. dla oświetlenia terenu i zewnętrznych instalacji elektrycznych przyjął - w ramach pozycji III TES - stawkę VAT 23%, tj. stawkę prawidłową. W konsekwencji, rozważenia wymagał sposób dokonania przez wykonawcę L. podziału prac w ramach wyceny oferty. Odwołujący wskazywali, że sposób zagregowania prac przez wykonawcę L. jest nieprawidłowy i stanowi próbę zatuszowania popełnionego błędu w obliczeniu ceny. Odwoływali się w tym zakresie do treści HRF oraz Protokołu miesięcznego. W ocenie składu orzekającego dokumenty te stanowiły część dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia (tj. dokumentów zamówienia), gdyż stanowiły część załącznika nr 4 do SWZ. Ponadto, zaakceptowany przez Zamawiającego HRF ma stanowić załącznik do umowy. Należy jednak stwierdzić, że żaden z odwołujących nie wskazał postanowienia SWZ, zgodnie z którym wycena oferty miałaby zostać dokonana zgodnie z treścią tych dokumentów, w tym w szczególności HRF. W ocenie składu orzekającego Izby brak takiego postanowienia wyklucza możliwość uznania, że działanie wykonawcy L. było nieprawidłowe. W § 3 ust. 6 projektu umowy jako integralny składnik umowy został wskazany m.in. zaakceptowany przez Zamawiającego HRF, który stanie się załącznikiem nr 3 do umowy. Uznanie, że ww. postanowienie projektu umowy miało jednoznacznie wskazywać wykonawcom sposób dokonania wyceny oferty, w ocenie składu orzekającego należy uznać za wniosek zbyt daleko idący.

Izba nie dopatrzyła się nierównego traktowania wykonawców przez Zamawiającego. W związku z tym, że w ofertach wskazano różne stawki VAT Zamawiający słusznie zwrócił się do wszystkich wykonawców o przedstawienie wyjaśnień. Ponadto, treść wezwania skierowanego do wykonawcy L. nie odbiega od treści wezwań wystosowanych do pozostałych wykonawców. W każdym przypadku Zamawiający odwoływał się do treści innych ofert. Ponadto, informacje w zakresie stawek zaoferowanych przez pozostałych wykonawców były dostępne od otwarcia ofert. Należy przyznać, że w treści wezwania Zamawiający wskazał na konieczność udokumentowania wyjaśnień. W ocenie składu orzekającego odpowiedź przedstawiona przez wykonawcę L. jest bardzo zwięzła, jednakże wyjaśnia zasady jakimi kierował się ten wykonawca przy zastosowaniu poszczególnych stawek VAT. Wyjaśnienia te nie wymagały przedstawienia dodatkowych dowodów. Przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, inaczej niż art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, nie wskazuje na obowiązek złożenia dowodów, choć i na gruncie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp uważa się, że nie w każdym przypadku przedstawienie dowodów jest konieczne. Ponadto, Zamawiający w treści wezwania wskazał na wymóg udokumentowania wyjaśnień, a nie złożenia dowodów. Wyjaśnienia Przystępującego L. zostały udokumentowane tabelą elementów scalonych z rozpisаныmi stawkami VAT. Dodatkowo należy zauważyć, że przyjęcie określonych stawek VAT do obliczenia ceny to przede wszystkim wynik procesu myślowego. Oczywiście jest, że dowodów na przeprowadzenie takiego procesu nie składa się. Odwołujący Ebud wskazał na konieczność powtórnego wezwania wykonawcy L., na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, do przedstawienia wyjaśnień i dowodów w zakresie przyjętych stawek podatku VAT. Poza zwróceniem uwagi na brakujące dowody, Odwołujący Ebud nie wskazał w jakim konkretnie zakresie wykonawca L. miałby przedstawić wyjaśnienia. Skierowanie kolejnego ogólnego wezwania Izba uznaje za bezcelowe. W związku z tym, jak i odwołując się do stanowiska przedstawionego powyżej, Izba nie znalazła podstaw do nakazania Zamawiającemu wezwania wykonawcy L. do przedstawienia kolejnych wyjaśnień.

Zarzut dotyczący oferty wykonawcy L. polegający na niezastosowaniu się przez tego wykonawcę do reguł zaokrąglania VAT (KIO 449/25)

Odwołujący Agrobex podniósł, że Zamawiający w rozdziale XVII pkt 2 i 3 SWZ wskazał:

2. Oferta winna zawierać cenę w złotych polskich z podatkiem od towarów i usług VAT obowiązującym na dzień składania ofert oraz obejmować inne podatki oraz daniny publiczne.
3. Ceny muszą być: podane i wyliczone w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku (zasada zaokrąglenia – poniżej 5 należy końcówkę pominać, powyżej i równe 5 należy zaokrąglić w górę).

Odwołujący Agrobex stwierdził, że ww. wymogu nie zastosował wykonawca L. w odniesieniu do pozycji I Tabeli Elementów Scalonych, gdzie dla kwoty netto wynoszącej 10.960.047,53 zł i stawce podatku VAT wynoszącej 8%, kwota podatku VAT wyniesie 876803,8024 zł, a więc powinno nastąpić zaokrąglenie „w dół” i w Tabeli Elementów Scalonych powinna zostać wskazana wartość podatku VAT: 876803,80 zł, a nie 876803,81 zł, jak to zrobił wykonawca L., co odpowiednio zmienia też całą cenę ofertową tego wykonawcy. Mimo to Zamawiający całkowicie pominął ten aspekt, choć jest to kolejny przejaw błędu w obliczeniu ceny, który prowadzić powinien do odrzucenia oferty tego wykonawcy.

W ocenie składu orzekającego niezastosowanie wskazanej przez Zamawiającego reguły zaokrąglenia nie podlega kwalifikacji jako błąd w obliczeniu cen, lecz omyłka rachunkowa podlegająca poprawieniu na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. W tym zakresie zarzut nie został postawiony.

Zarzut dotyczący stawki VAT dla pozycji I TES w ofercie Przystępującego L. oraz Odwołującego Ebud (KIO 453/25)

Odwołujący Ebud zarzucił, że wykonawca L. w pozycji I błędnie wskazał jednolitą stawkę VAT zamiast mieszanej 8% i 23%, tak jak to uczynił Odwołujący Ebud – tym samym odrzucenie oferty Ebud należy uznać za niezasadne.

Odwołujący Ebud wskazał, że Zamawiający wyraźnie wyodrębnił roboty przypisane do części mieszkalnej oraz części niemieszkalnej (lokale użytkowe), co determinowało obowiązek zastosowania mieszanej stawki VAT. W szczególności Odwołujący Ebud zwrócił uwagę na wyodrębnienie przez Zamawiającego w treści HRF w odniesieniu do budynku A m.in. pozycji: w dziale 2 Roboty wykończeniowe: część 2 Ściany wykończeniowe – wyodrębniono ppkt 3 usługi, część 3 sufity wykończenie – wyodrębniono ppkt 2 lokale usługowe, w dziale 4 stolarka i ślusarka: część 2 drzwi – wyodrębniono ppkt 3 drzwi i witryny aluminiowe w usługach oraz ppkt 7 drzwi wewnątrzlokalowe usług. Odwołujący Ebud wskazał, że przedmiot zamówienia został zdefiniowany jako wykonanie robót budowlanych polegających na wybudowaniu dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych wraz z usługami i garażami podziemnymi. Wskazał, że w świetle § 3 ust. 6 wzorca umowy HRF ma fundamentalne znaczenie dla kalkulacji ceny oraz zasad realizacji umowy.

Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego przedstawił następującą argumentację w zakresie pozycji I:

- załącznikiem do oferty jest wyłącznie wypełniona, składające się z 5 zagregowanych Pozycji Tabela Elementów Scalonych,
- Harmonogram stanie się załącznikiem do podpisanej już umowy po opracowaniu przez Wykonawcę i zaakceptowaniu przez Zamawiającego,
- załącznikiem do SWZ jest Tabela Elementów Scalonych, nie Harmonogram,
- pomijając, że Harmonogram udostępniony został pomocniczo i dla przedstawienia wymaganej szczegółowości, a nigdy dla odrębnego traktowania budowy części mieszkalnej i lokalu usługowego w bryle budynku, dodanie do opisu niektórych robót np. „drzwi i witryny aluminiowe” dodatku „w usługach” lub „drzwi wewnątrzlokalowe usług”, miało na celu wyłącznie zaznaczenie, że elementy te są inne niż w mieszkaniach, specjalistyczne, bowiem miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego dla terenu budowy przewiduje (narzuca) obligatoryjne połączenie funkcji mieszkaniowej z usługami medycznymi,
- Zamawiający w żaden sposób nie wyodrębnia budowy części mieszkalnej i usługowej o niewielkiej pow. 285,02 m²,
- zacytowana w wyjaśnieniach treść § 1 ust. 1 wzoru umowy wprost wskazuje, że przedmiotem umowy jest „wybudowanie budynków mieszkalnych z usługami medycznymi”, a nazwa zamówienia brzmi: Wykonanie robót budowlanych - wybudowanie dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych przy ul. Leona Połusznego 5 i 9 w Bydgoszczy, bez wyszczególnienia lokalu usługowego, co dla Zamawiającego nie jest istotne,
- wyjaśnienia wykonawcy w tym zakresie, ze wskazaniem wbrew faktom i intencjom Zamawiającego na „wyraźne wyodrębnienie usług”, stanowią nieuzasadnioną nadinterpretację,
- załączona do wyjaśnień indywidualna interpretacja podatkowa z dnia 27 czerwca 2017 r., potwierdza w konkluzji zasadność zastosowania jednolitej 8% stawki VAT, w przypadku budowy budynku mieszkalno-usługowego, w bryle którego znajdują się również garaże; z interpretacji tej wynika także, że dopiero kiedy „w umowie zostanie wskazane, że roboty budowlane dotyczyć będą poszczególnych części budynku, tj. powierzchni mieszkalnych i odrębnie powierzchni niemieszkalnych, wówczas w odniesieniu do usług wykonywanych w części niemieszkalnej (należna będzie) 23% stawka podatku; w naszym przypadku sytuacja ta nie występuje.

Stanowisko przedstawione przez Odwołującego Ebud Izba uznała za nieprawidłowe. W ocenie składu orzekającego Izby dla ustalenia właściwej stawki VAT podstawowe znaczenie ma okoliczność, że dominującą funkcją budynku A jest funkcja mieszkalna. Roboty objęte przedmiotem zamówienia mają dotyczyć całej bryły obiektu, a nie jej wydzielonych części. Część mieszkalna oraz część użytkowa są ze sobą nierozzerwalnie połączone. Natomiast dokonany przez Odwołującego Ebud zabieg polegający na wydzieleniu części prac dotyczących lokali użytkowych ma sztuczny charakter i zdaniem składu orzekającego Izby prowadzi do nieprawidłowego ustalenia stawki VAT. Prawdliwość stanowiska przyjętego przez Zamawiającego potwierdzają m.in.:

- pismo z dnia 28 listopada 2017 r. Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej 0112-KDIL2-2.4012.444.2017.2.AP;
- pismo z dnia 2 lipca 2019 r. Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej 0112-KDIL4.4012.179.2019.2.HW, gdzie

wskazano: „Biorąc pod uwagę przedstawiony we wniosku opis sprawy, jak również powołane przepisy prawa stwierdzić należy, że skoro wykonywane przez Wnioskodawcę usługi dotyczą zgodnie z umową budowy całego budynku usługowo-mieszkaniowego, który - jak wskazano we wniosku - mieści się w PKOB w dziale 1110 i spełnia kryteria budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym, to wskazane usługi dotyczące budowy tego obiektu podlegają opodatkowaniu 8% stawką podatku od towarów i usług, na podstawie art. 41 ust. 12 w zw. z art. 41 ust. 2 i art. 146aa ust. 1 pkt 2 ustawy.”

Stanowisko Zamawiającego potwierdza również pismo Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 27 czerwca 2017 r. 0114-KDIP1-1.4012.116.2017.2.AM, na które powołał się Odwołujący Ebud. W piśmie tym stwierdzono:

„Przedmiotem umowy jest wykonanie robót budowlanych dotyczących budynku jako całości, a nie wykonanie odrębnych robót poszczególnych lokali, czy też części budynku.

Spółka pełni rolę Generalnego Wykonawcy, przy czym inwestycja jest realizowana siłami własnymi oraz przy pomocy podwykonawców.

Wobec Inwestora Spółka wykonuje kompleksową jednolitą usługę w zakresie budownictwa mieszkaniowego.

Wnioskodawca ma wątpliwości, czy do dostawy usług polegających na wybudowaniu budynku mieszkalno-usługowego, w bryle którego znajdują się również garaże, sklasyfikowanego według PKOB do działu 11, zastosowanie znajduje stawka VAT 8%.

Analiza powołanych wyżej przepisów prawa podatkowego prowadzi do wniosku, że warunkiem zastosowania stawki 8%, na podstawie art. 41 ust. 12 ustawy o podatku od towarów i usług, jest spełnienie dwóch przesłanek. Po pierwsze zakres wykonywanych czynności musi dotyczyć budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji, przebudowy budynków lub ich dostawy. Po drugie, budynki lub ich części, których dotyczą ww. czynności, muszą być zaliczane do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym. Niespełnienie chociażby jednej z ww. przesłanek powoduje, że transakcja nie może korzystać z preferencyjnej, stawki podatku 8%.

Przenosząc powołane przepisy prawa na grunt niniejszej sprawy stwierdzić należy, że skoro przedmiotem wniosku są usługi polegające na wybudowaniu budynku jako całości sklasyfikowanego w PKOB do grupowania 11, to obniżona stawka podatku w wysokości 8% ma zastosowanie dla tej czynności.”

Natomiast Odwołujący Ebud powołał się na inny fragment z tego pisma:

„Zastosowanie prawidłowej stawki podatku uzależnione jest także od postanowień umowy na wykonanie robót budowlanych. Jeżeli przedmiotem umowy będą roboty budowlane w budynkach mieszkalnych (PKOB 11) jako całości - to należna stawka będzie 8%. Jeżeli jednak w umowie zostanie wskazane, że roboty budowlane dotyczyć będą poszczególnych części budynku, tj. powierzchni mieszkalnych i odrębnie powierzchni niemieszkalnych, wówczas w odniesieniu do usług wykonywanych w części mieszkalnej zastosowanie znajdzie 8% stawka podatku, natomiast do usług wykonywanych w części niemieszkalnej - 23% stawka podatku.”

Należy w związku z tym zauważyć, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych dotyczących budynku jako całości, a nie wykonanie odrębnych robót poszczególnych lokali, czy też części budynku. Postępowanie nie jest prowadzone w celu zawarcia odrębnych umów – jednej na budowę części mieszkalnej budynku A oraz odrębnej na budowę części użytkowej budynku A.

Zarzut dotyczący stawki VAT dla pozycji III TES w ofercie Przystępującego L. oraz Odwołującego Ebud (KIO 453/25)

Odwołujący Ebud zarzucił, że wykonawca L. w pozycji III błędnie wskazał jednolitą stawkę VAT zamiast mieszanej 8% i 23%, tak jak to uczynił Odwołujący Ebud – tym samym odrzucenie oferty Ebud było niezasadne.

Odwołujący Ebud wskazał, że do prac, które są wykonywane w ramach infrastruktury towarzyszącej należą usługi związane z zagospodarowaniem zieleni, dla których można zastosować preferencyjną stawkę podatku VAT 8%, jeżeli mieszczą się w grupowaniu PKWiU 81.30.10.0 (usługi związane z zagospodarowaniem zieleni). Odwołujący powołał się na wyjaśnienia Głównego Urzędu Statystycznego do PKWiU, treść załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2024 r. o podatku od towarów i usług (poz. 52) oraz Klasyfikację GUS.

Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego przedstawił następującą argumentację w zakresie pozycji III:

„Do Pozycji III TES - wykonawca przyjął tu, zgodnie z własnymi wyjaśnieniami, 8% stawkę VAT dla usług zagospodarowania zieleni i 23% stawkę VAT dla pozostałego zakresu zagospodarowania terenu.

Zamawiający także opierając się na indywidualnej interpretacji podatkowej z dnia 5 lipca 2023 r. Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej 0114-KDIP4-2.4012.241.2023.1.WH wskazuje na stawkę 23 % dla całej Pozycji III TES jak

właściwej.

Jak wynika z tej interpretacji, kluczowym pojęciem dla ustalenia prawidłowej stawki jest tu pojęcie „świadczenia kompleksowego”.

Usługi z zakresu zagospodarowania zieleni mają charakter pomocniczy, tak co do przedmiotu jak do wartości i będą wykonywane w ramach jednej inwestycji budowlanej, która stanowi jedną całość. Usługi w zakresie zagospodarowania zieleni (także o mieszanym charakterze, skoro dotyczy to tak samo robót ziemnych i ukształtowania terenu, jak sadzenia roślin) nie będą stanowiły celu samego w sobie, nie będą stanowiły odrębnych świadczeń tylko zwartą i niezbędną całość funkcjonalną.

Zamawiający zainteresowany jest i wymaga odbioru zadania wyłącznie w całości, a nie każdej z poszczególnych usług, czy robót odrębnie.

Świadczenie kompleksowe podlega opodatkowaniu z zastosowaniem stawki VAT właściwej w naszym przypadku dla robót budowlanych (23%), skoro dla robót tych w zakresie zagospodarowania terenu zewnętrznego nie została przewidziana obniżona stawka podatku VAT (8%).

Skoro mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym, jego skutkiem podatkowym jest jedna, 23% stawka VAT.”

Jak wynika z przytoczonego powyżej fragmentu uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego Ebud Zamawiający wskazał, że kluczowym pojęciem dla ustalenia prawidłowej stawki w tym zakresie jest pojęcie świadczenia kompleksowego. Zamawiający zauważył: Usługi z zakresu zagospodarowania zieleni mają charakter pomocniczy tak co do przedmiotu jak i do wartości i będą wykonywane w ramach jednej inwestycji budowlanej, która stanowi jedną całość – nie będą stanowiły celu samego w sobie, nie będą stanowiły odrębnych świadczeń tylko zwartą i niezbędną całość funkcjonalną. W ocenie składu orzekającego Izby usługi z zakresu zagospodarowania zielenią, wykonywane w ramach szerszego zakresu prac zagospodarowania terenu zewnętrznego, mogą podlegać opodatkowaniu zarówno według stawki 8% jak i 23% (jako świadczenie kompleksowe), a zależy to od konkretnego stanu faktycznego sprawy. Nawet w opinii prawnej złożonej przez wykonawcę Ebud przywołano stanowisko przedstawione w interpretacji Dyrektora Krajowej Informacji Skarbowej z dnia 26 listopada 2018 r. 0112-KDIL4.4012.528.2018.2.AR, zgodnie z którym „usługi związane z zagospodarowaniem terenów zewnętrznych przyległych do budynku dawnego szpitala (parking wraz z zewnętrznymi drogami komunikacyjnymi, ciągami pieszymi, terenami zielonymi, obiektami małej architektury i oświetleniem), wykonywane poza bryłą budynku, dotyczące infrastruktury towarzyszącej, będą opodatkowane według stawki 23%, na podstawie art. 41 ust. 1 w związku z art. 146a pkt 1 ustawy.” Skuteczne podniesienie ww. zarzutu wymagałoby zatem odniesienia się do konkretnych postanowień dokumentacji składającej się na opis przedmiot zamówienia, tak aby uzasadnić prawidłowe zastosowanie stawki VAT w tych konkretnych okolicznościach sprawy, w tym w szczególności zakwestionować przyjęte przez Zamawiającego stanowisko co do świadczenia kompleksowego. Natomiast Odwołujący, poza przywołaniem kilku ogólnych postanowień, zaniechał szczegółowego odniesienia się do postanowień Opisu przedmiotu zamówienia. Należy zauważyć, że podnoszenie w postępowaniu odwoławczym zarzutów dotyczących prawidłowości zastosowanych stawek VAT, ma szczególny charakter. Odwołujący obowiązani są jednoznacznie wykazać zasadność swojego stanowiska poprzez odwołanie się do konkretnych okoliczności w zakresie przedmiotu zamówienia. Zgodnie z zasadą kontradyktoryjności na stronach spoczywa obowiązek udowodnienia swoich twierdzeń. Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Obowiązek wykazania swoich twierdzeń spoczywa również na zamawiającym. Jednakże, w przypadku spraw, które dotyczą prawidłowości zastosowania stawki VAT, ww. zasada podlega ograniczeniom. Należy zauważyć, że to zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i odpowiada za wybranie oferty, której cena została obliczona prawidłowo, w tym w zakresie przyjęcia stawek VAT zgodnie z przepisami prawa. Przyjęcie określonej stawki VAT nie może być uzależnione od inicjatywy bądź bierności dowodowej stron postępowania odwoławczego. Jeżeli zatem odwołujący nie wykaże wszystkich okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia prawidłowości zastosowanej stawki podatku VAT, to podniesiony w tym zakresie zarzut nie będzie mógł zostać uwzględniony. Taka sytuacja miała miejsce w niniejszej sprawie.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że nie podziela stanowiska Przystępującego Agrobex, że stawki VAT zostały w odniesieniu do niektórych pozycji TES wskazane przez Zamawiającego. Pliki pomocnicze to nie jest właściwe miejsce na poszukiwanie informacji odnośnie wiążących wykonawców stawek VAT. Jeżeli zamawiający sam wskazuje wykonawcom stawki VAT to informacja w tym zakresie zawarta jest w jednoznacznym postanowieniu SWZ. Ponadto, w sytuacji gdy stawka VAT jest podawana przez zamawiającego, to w takim przypadku nie stwierdza się błędu w obliczeniu ceny, lecz konieczne jest poprawienie omyłki przez zamawiającego.

Dodatkowo, Izba wyjaśnia, że nie dopuściła dowodu ze złożonych w toku postępowania odwoławczego prywatnych opinii

prawnych. Zgodnie art. 531 ustawy Pzp przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie. W związku z tym opinie prawne nie mogą stanowić dowodu w postępowaniu odwoławczym – ich celem nie jest potwierdzenie określonych faktów, lecz wyrażenie opinii w zakresie stosowania przepisów prawa. W związku z tym Izba potraktowała ww. opinie jako stanowiska własne stron.

Ponadto, zgodnie z przepisem art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W związku z tym, Izba pominęła w ramach rozstrzygania sprawy te zarzuty, które nie zostały sformułowane w treści wniesionych odwołań. W szczególności dotyczy to podnoszonej przez Odwołującego Agrobex niezgodności oferty wykonawcy L. w zakresie wentylatorów mieszkań czy niedokonania przez wykonawcę L. wyceny instalacji teletechnicznych zewnętrznych, które zawarte są w 3 grupie robót Budowa kanalizacji kablowych.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 a contrario ustawy Pzp.

W przypadku obydwu odwołań o kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze 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).

Przewodnicząca: