Sygn. akt: KIO 2307/23
KIO 2308/23
KIO 2310/23
KIO 2311/23

WYROK
z dnia 24 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Piotr Kozłowski
Rafał Malinowski
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 4 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę: **Skanska S.A., Al. Solidarności 173, 00-877 Warszawa (KIO 2307/23),**

B. w dniu 4 sierpnia 2023 r. przez wykonawcę: **Warbud S.A., ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa (KIO 2308/23),**

C. w dniu 4 sierpnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum: Polimex Infrastruktura sp. z o.o., Polimex Mostostal S.A., Balzola Polska sp. z o.o., LANTANIA S.A., al. Jana Pawł II 12, 00-124 Warszawa (KIO 2310/23),**

D. w dniu 4 sierpnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum: NDI S.A., NDI SOPOT S.A., ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot (KIO 2311/23),**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Sąd Apelacyjny w Warszawie, Plac Krasińskich 2/4/6, 00-207 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy: **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 2308/23, KIO 2311/23** po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawcy **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 2311/23** po stronie odwołującego,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Konsorcjum: NDI S.A., NDI SOPOT S.A. z siedzibą lidera w Sopocie** zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 2307/23, KIO 2308/23, KIO 2310/23** po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie **Konsorcjum: Polimex Infrastruktura sp. z o.o., Polimex Mostostal S.A., Balzola Polska sp. z o.o., LANTANIA S.A. z siedzibą lidera w Warszawie** zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 2307/23, KIO 2308/23** po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy: **Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 2307/23, KIO 2310/23** po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy **Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 2310/23** po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze (KIO 2307/23) w zakresie zarzutów:

1) naruszenia art. 226 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum: Polimex Infrastruktura sp. z o.o., Polimex Mostostal S.A., Balzola Polska sp. z o.o., LANTANIA S.A. która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji poprzez poświadczenie nieprawdy;

2) naruszenia art. 226 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum NDI S.A. oraz NDI Sopot S.A., która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji poprzez poświadczenie nieprawdy;

3) naruszenie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Warbud S.A. do wyjaśnień w zakresie doświadczenia personelu;

2. A. uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 2307/23 w części, tj. w zakresie zarzutów:

1) naruszenia art. 226 ust.1 pkt 10) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców

wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum: Polimex Infrastruktura sp. z o.o., Polimex Mostostal S.A., Balzola Polska sp. z o.o., LANTANIA S.A., z uwagi na błąd w obliczeniu ceny,

2)naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niezasadne przyznanie maksymalnej ilości punktów w zakresie doświadczenia personelu w ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum NDI S.A. oraz NDI Sopot S.A.,

3)naruszenia art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum NDI S.A. oraz NDI Sopot S.A.do wyjaśnień w zakresie doświadczenia personelu,

4)naruszenia art. 252 ust.1 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum: Polimex Infrastruktura sp. z o.o., Polimex Mostostal S.A., Balzola Polska sp. z o.o., LANTANIA S.A., jako najkorzystniejszej;

oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

B.uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 2308/23,

C.uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 2310/23 w części, tj. w zakresie zarzutów:

1) naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z rozdziałem VIII pkt. 1 ppkt. 3) lit. b) SWZ, poprzez przyznanie ofercie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum NDI S.A. oraz NDI Sopot S.Aw kryterium oceny ofert „doświadczenie osób odpowiedzialnych za nadzór nad robotami budowlanymi" maksymalnej liczby punktów;

oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

D.uwzględnia odwołanie o sygn. akt KIO 2311/23 w części, tj. w zakresie zarzutów:

1)naruszenia art. 226 ust. ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum: Polimex Infrastruktura sp. z o.o., Polimex Mostostal S.A., Balzola Polska sp. z o.o., LANTANIA S.A., pomimo iż zawiera błąd w obliczeniu ceny;

oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3.nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Konsorcjum: Polimex Infrastruktura sp. z o.o., Polimex Mostostal S.A., Balzola Polska sp. z o.o., LANTANIA S.A. z siedzibą lidera w Warszawie oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

4.kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego, odwołujących i przystępujących: i:

4.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego:

A.kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Skanska S.A., Al. Solidarności 173, 00-877 Warszawa (KIO 2307/23),** tytułem wpisu od odwołania,

B.kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Warbud S.A., ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa (KIO 2308/23),** tytułem wpisu od odwołania,

C.kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum: Polimex Infrastruktura sp. z o.o., Polimex Mostostal S.A., Balzola Polska sp. z o.o., LANTANIA S.A., al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa (KI 2310/23)** tytułem wpisu od odwołania,

D.kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum: NDI S.A., NDI SOPOT S.A., ul. Powstańcó Warszawy 19, 81-718 Sopot (KIO 2311/23)** tytułem wpisu od odwołania,

4.2.koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu i zakwaterowania znosi wzajemnie pomiędzy stronami i przystępującymi w sprawach o sygn. akt **KIO 2307/23, KIO 2310/23, KIO 2311/23,**

A.z tytułu proporcjonalnego rozdzielenia wpisu od odwołania, w sprawie o sygn. akt **KIO 2307/23** zasądza od zamawiającego: **Sąd Apelacyjny w Warszawie, Plac Krasińskich 2/4/6, 00-207 Warszawa** na rzecz wykonawcy: **Skanska S.A., Al. Solidarności 173, 00-877 Warszawa**kwotę **8 571 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy pięćset siedemdziesiąt jeden złotych zero groszy); zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum: Polimex Infrastruktura sp. z o.o., Polimex Mostostal S.A., Balzola Polska sp. z o.o., LANTANIA S.A., al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa**na rzecz wykonawcy **Skanska S.A., Al. Solidarności 173, 00-877 Warszawa**kwotę **2 857 zł 00 gr** (słownie: dwa

tysiące osiemset pięćdziesiąt siedem złotych zero groszy),

B. z tytułu proporcjonalnego rozdzielenia wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika w sprawie o sygn. akt **KIO 2308/23** zasądza od zamawiającego **Sąd Apelacyjny w Warszawie, Plac Krasińskich 2/4/6, 00-207 Warszawa** na rzecz wykonawcy: **Warbud S.A., ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa** kwotę **7 867 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy osiemset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) tytułem części wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika; zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum: Polimex Infrastruktura sp. z o.o., Polimex Mostostal S.A., Balzola Polska sp. z o.o., LANTANIA S.A., al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa** na rzecz wykonawcy: **Warbud S.A., ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa** kwotę **7 867 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy osiemset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) tytułem części wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika; zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum: NDI S.A., NDI SOPOT S.A., ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot** na rzecz wykonawcy **Warbud S.A., ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa** kwotę **7 867 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy osiemset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) tytułem części wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

C. z tytułu proporcjonalnego rozdzielenia wpisu od odwołania w sprawie o sygn. akt **KIO 2310/23** zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum: NDI S.A., NDI SOPOT S.A., u Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum: Polimex Infrastruktura sp. z o.o., Polimex Mostostal S.A., Balzola Polska sp. z o.o., LANTANIA S.A., al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa** kwotę **5 000 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy); zasądza od zamawiającego **Sąd Apelacyjny w Warszawie, Plac Krasińskich 2/4/6, 00-207 Warszawa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum: Polimex Infrastruktura sp. z o.o., Polimex Mostostal S.A., Balzola Polska sp. z o.o., LANTANIA S.A., al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa** kwotę **5 000 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy),

D. z tytułu proporcjonalnego rozdzielenia wpisu od odwołania w sprawie o sygn. akt **KIO 2311/23** zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum: Polimex Infrastruktura sp. z o.o., Polimex Mostostal S.A., Balzola Polska sp. z o.o., LANTANIA S.A., al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum: NDI S.A., NDI SOPOT S.A., ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot** kwotę **6 667 zł 00 gr** (słownie: sześć tysięcy sześćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy).

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 2022 r. poz. 1710, ze zm.) na niniejszy wyrok - 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 2307/23
KIO 2308/23
KIO 2310/23
KIO 2311/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający, Sąd Apelacyjny w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.), dalej zwanej „Pzp" w przedmiocie: „Budowa budynku dla Sądu Rejonowego w Legionowie i Prokuratury Rejonowej w Legionowie przy ul. Jana III Sobieskiego 47 i 47A z koniecznymi rozbiórkami wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 marca 2023 r. pod numerem 2023/S 043-125850.

W dniu 25 lipca 2023 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej – oferty złożonej przez Konsorcjum w składzie: Polimex Infrastruktura sp. z o.o., Polimex Mostostal S.A., Balzola Polska sp. z o.o., LANTANIA S.A z siedzibą lidera w Warszawie, zwanego dalej „Konsorcjum Polimex".

A. KIO 2307/23

Wykonawca, Skanska S.A.z siedzibą w Warszawie, na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2 Pzp wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na wyborze oferty Konsorcjum Polimex jako najkorzystniejszej, zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Polimex, oferty Konsorcjum NDIS.A., NDI SOPOT S.A. z siedzibą lidera w Sopocie (zwany dalej „Konsorcjum NDI"), wykonawcy Warbud S.A. (zwany dalej „Warbud") oraz zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

1) art. 226 ust.1 pkt 10 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Polimex z uwagi na to, że oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na zastosowaniu 23% stawki VAT na tzw. zieleń (tereny zewnętrzne), podczas, gdy winna być zastosowana stawka preferencyjna,

2) art. 226 ust.1 pkt 7 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Polimex, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na poświadczeniu nieprawdy w zakresie uprawnień telekomunikacyjnych p. W.G., który nie posiada uprawnień bez ograniczeń wymaganych przez Zamawiającego, a uprawnienia ograniczone,

3) zarzut ewentualny - naruszenia art. 128 ust.1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Polimex do uzupełnienia spełniania warunków udziału w postępowaniu w przedmiocie dysponowania kierownikiem robót telekomunikacyjnych bez ograniczeń,

4) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum NDI, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na poświadczeniu nieprawdy w zakresie doświadczenia p. M.M., p. Ł.C. oraz p. Ł.B., co skutkowało przyznaniem temu wykonawcy maksymalnej ilości punktów w kryterium - doświadczenie osób wskazanych do realizacji zadania,

5) zarzut ewentualny - naruszenia art. 239 ust.1 Pzp, poprzez niezasadne przyznanie ofercie Konsorcjum NDI maksymalnej ilości punktów w zakresie doświadczenia personelu podczas, gdy powinno być ono obniżone o co najmniej 7,5 pkt i obliczone stosownie do wagi kryterium, to jest 30%, gdyż doświadczenie wskazane przez p. M.M., p. Ł.C. i p. Ł.B. nie uzasadnia przyznania punktów, z uwagi na brak wymaganej wartości dla budynku użyteczności publicznej,

6) zarzut ewentualny - naruszenia art. 128 ust.4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum NDI do wyjaśnień w zakresie projektów, które już z samej nazwy wydają się nie spełniać warunków w zakresie - doświadczenie personelu w przedmiocie budowy budynków użyteczności publicznej,

7) art. 226 ust.1 pkt 7 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Warbud, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na poświadczeniu nieprawdy w zakresie doświadczenia p. P.D., co skutkowało przyznaniem temu wykonawcy maksymalnej ilości punktów w kryterium - doświadczenie osób wskazanych do realizacji zadania,

8) zarzut ewentualny - naruszenia art. 239 ust.1 Pzp, poprzez niezasadne przyznanie ofercie Warbud maksymalnej ilości punktów w zakresie doświadczenia personelu podczas, gdy powinno być ono obniżone o co najmniej 2,5 pkt i obliczone stosownie do wagi kryterium, to jest 30%, gdyż doświadczenie p. P.D. nie uzasadnia przyznania maksymalnej ilości punktów z uwagi na to, że na jednej z inwestycji nie pełnił funkcji kierownika robót telekomunikacyjnych,

9) zarzut ewentualny - naruszenia art. 128 ust. 4 Pzp, przez zaniechanie wezwania Warbud do wyjaśnień w zakresie doświadczenia personelu, w szczególności doświadczenia p. K.G. i p. A.W.,

10) art. 252 ust. 1 Pzp, poprzez wybór oferty Konsorcjum Polimex, jako najkorzystniejszej, która nie jest ofertą najkorzystniejszą i winna być odrzucona z powodów wskazanych powyżej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum Polimex, jako najkorzystniejszej,
2. odrzucenia oferty Konsorcjum Polimex na podstawie art.226 ust.1 pkt 7 i 10 Pzp,
3. odrzucenia oferty Konsorcjum NDI na podstawie art.226 ust.1 pkt 7 Pzp,
4. odrzucenia oferty Warbud na podstawie art.226 ust.1 pkt 7 Pzp,
5. powtórzenia czynności nadania i oceny ofert,

względnie, w przypadku zarzutów ewentualnych:

6. unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum Polimex,
7. wezwania Konsorcjum Polimex do uzupełnienia doświadczenia w przedmiocie uprawnień kierownika robót telekomunikacyjnych,
8. obniżenia punktacji w Kryterium doświadczenie personelu w stosunku do oferty Konsorcjum NDI,
9. wezwania Konsorcjum NDI do wyjaśnień w zakresie doświadczenia personelu, w szczególności z uwagi na wartość budynków użyteczności publicznej,
10. obniżenia punktacji w kryterium doświadczenie personelu w stosunku do oferty Warbud,
11. wezwania Warbud do wyjaśnień w zakresie doświadczenia personelu, w szczególności z uwagi na potwierdzenie

nieprawdziwych informacji co do doświadczenia personelu wskazanego w ofercie Warbud.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ może ponieść szkodę, polegającą na pozbawieniu go korzyści finansowych wynikających z możliwości uzyskania zamówienia, i w konsekwencji - braku możliwości zawarcia umowy na realizację zamówienia. Zaskarżenie wskazanych czynności pozwoli Odwołującemu, w przypadku uwzględnienia odwołania, na wybór jego oferty. Tym samym, ma on realne szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia i zawarcie umowy. Odwołujący wyjaśnił, że zajmuje czwarte miejsce w rankingu ofert. Kwestionuje trzy oferty przed sobą w rankingu, co oznacza, że w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę Odwołujący uzyska zamówienie.

Odwołujący podniósł, że wybór oferty Konsorcjum Polimex został dokonany niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, bowiem ww. oferta winna być odrzucona na podstawie art. 226 ust.1 pkt 10 Pzp, zgodnie z którym, zamawiający odrzuca ofertę, jeśli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Oferta Konsorcjum Polimex zawiera błędy w obliczeniu ceny z uwagi na zastosowanie stawki podatku VAT w wysokości 23%.

Odwołujący wskazał, że pojęcie błędu w obliczeniu ceny w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, to w szczególności zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT. Stanowisko to zostało wskazane w wyroku z dnia 9 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3404/21 oraz w innych wyrokach KIO: wyrok z dnia 21 maja 2021 r., sygn. akt KIO 942/21, wyrok z dnia 26 listopada 2020 r., sygn. KIO 2933/20.

Zdaniem Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu wykonawcy powinni zastosować 8% stawkę podatku VAT. Ustawodawca, ustalając preferencyjne stawki VAT na określone usługi, ma na celu zmniejszenie obciążeń publicznoprawnych związanych z określonym rodzajem konsumpcji. Tak też jest w przypadku VAT dotyczącym „usług związanych z zagospodarowaniem terenów zieleni". Dlatego błędem jest traktowanie w przedmiotowym postępowaniu świadczenia, jako świadczenia kompleksowego, które prowadzi do naruszenia polityki podatkowej Ustawodawcy. Tego typu błędy w określeniu ceny są kwestionowane przez KIO (por. wyrok dnia 6 grudnia 2021 r., sygn. KIO 3404/21).

Konsorcjum Polimex w przedmiotowym postępowaniu zakwalifikowało usługę zagospodarowania zieleni wraz z usługą budowlaną, jako usługę kompleksową, dlatego też zastosowało stawkę 23%, co wynika z błędnej analizy przedmiotu zamówienia określonego w postępowaniu.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z wymogami Zamawiającego została przewidziana odrębna cena za prace związane z zagospodarowaniem terenu.

Zgodnie z Tomem I „Zagospodarowanie Terenu", Część IX „Zieleń" Projektu Wykonawczego, przetarg dotyczy terenu znajdującego się przy ulicy Jana III Sobieskiego 47 i 47 A w Legionowie, a więc zagospodarowania terenów zieleni, które znajdą się wokół budynku Sądu Rejonowego oraz Prokuratury Rejonowej w Legionowie. Obszar ten (około 1 ha) obejmuje swoim zakresem działkę nr ew. 133 i 137 obręb 66 w Legionowie, na terenie której zinwentaryzowano 27 drzew i 8 krzewów. Zgodnie z Projektem Wykonawczym, opracowanie terenu zakłada:
- zachowanie możliwie dużej ilości już istniejącej zieleni,
- usunięcie części drzew oraz krzewów, gdzie jest to konieczne (drzewa martwe, chore, cechujące się złym stanem fitosanitarnym lub bardzo mocno zaburzoną statyką (w tym stwarzających zagrożenie),
- wykonanie nasadzeń drzew, krzewów, roślin okrywowych i trawników przy nowo projektowanym obiekcie,
- zabiegi pielęgnacyjne.

Pielęgnacja roślin rozpocznie się w momencie ich posadzenia, a okres pielęgnacji powykonawczej będzie trwał przez 12 miesięcy od dnia odbioru wykonanego w całości projektu i zatwierdzenia operatu pielęgnacyjnego przygotowanego przez wykonawcę. Koszt pielęgnacji będzie uwzględniony w koszcie zagospodarowania terenów zieleni, jednak usługa pielęgnacji będzie wykonywana także po zakończeniu usługi dotyczącej prac budowlanych.

W świetle powyższego, w opinii Odwołującego, właściwą klasyfikacją PKWiU dla świadczonych usług zagospodarowania terenów zieleni wokół budynku sądu i prokuratury jest PKWiU 81.30.12 - „Usługi związane z zagospodarowaniem pozostałych terenów zieleni". Zgodnie z Wyjaśnieniami do PKWiU 2015, grupa 81.30.12 PKWiU obejmuje m.in.: usługi dokonywania zasadzeń, pielęgnację i utrzymanie: parków i ogrodów przy budynkach użyteczności publicznej i częściowo publicznej (szkoły, szpitale, budynki administracyjne, kościoły itp.). W konsekwencji, usługa ta podlega opodatkowaniu stawką VAT 8% przewidzianą w poz. 52 załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. 2022 poz. 931 ze zm.).

W opinii Odwołującego, usługi zagospodarowania zieleni realizowane w związku z budową sądu i prokuratury, powinny być traktowane odrębnie od usługi budowlanej, ponieważ, co do zasady, każde świadczenie dla celów VAT powinno być traktowane jako odrębne i niezależne. Z ekonomicznego punktu widzenia, usługi nie powinny być dzielone dla celów podatkowych wówczas, gdy tworzyć będą jedną usługę kompleksową, obejmującą kilka świadczeń pomocniczych. Jeżeli natomiast w skład świadczonej usługi wchodzić będą czynności, które nie służą wyłącznie wykonaniu czynności głównej, zasadniczej, lecz mogą mieć również charakter samoistny, to wówczas nie ma podstaw

dla traktowania ich jako elementu usługi kompleksowej.

Z uwagi na powyższe, brak jest, zdaniem Odwołującego, obiektywnych podstaw do uznania, że usługi zagospodarowania terenów zieleni oraz usługi budowlane realizowane w ramach jednego kontraktu, dotyczącego budowy Sądu i Prokuratury, są tak ściśle ze sobą związane, że należałoby je uznać za usługę kompleksową.

Stanowisko to znajduje potwierdzenie w orzecznictwie TSUE, który podstawową zasadę odrębności i niezależności świadczeń wywodzi z art. 2 Dyrektywy 2006/112/WE Rady z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej. Orzecznictwo TSUE wielokrotnie było przywoływane w interpretacjach indywidualnych KIS. Przykładowo w wyroku z dnia 25 lutego 1999 r., nr C-349/96 uznano, iż: *„Pojedyncze świadczenie ma miejsce zwłaszcza wtedy, gdy jedną lub więcej części składowych uznaje się za usługę zasadniczą, podczas gdy inny lub inne elementy traktuje się jako usługi pomocnicze, do których stosuje się te same zasady opodatkowania, co do usługi zasadniczej. Usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeśli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej*". Ponadto, zdaniem TSUE, jednolite świadczenie występuje w przypadku, gdy dwa lub więcej elementy albo dwie lub więcej czynności dokonane przez podatnika są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie jedno niepodzielne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny. Trybunał potwierdził powyższe w wyroku z dnia 27 października 2005 r. Levob Verzekeringen BV i OV Bank NV przeciwko Staatssecretaris van Financien, sygn. C-41/04 oraz w wyroku z dnia 11 czerwca 2009 r. w sprawie C-572/07 RLRE Tellmer Property sro vs. Financni reditelstvi v Usti nad Labem.

Odwołujący podkreślił, że na odrębność usług związanych z zagospodarowaniem terenów zieleni opisanych Projekcie Wykonawczym wpływa fakt, że są one realizowane w pewien sposób „przy okazji" świadczenia usług budowlanych, w celu osiągnięcia efektu ekonomii skali. Sam charakter prac budowlanych, technologia ich wykonania oraz kryteria odbioru są zupełnie inne niż usług zagospodarowania terenów zieleni. Oznacza to, że realizacja prac związanych z zagospodarowaniem terenów zieleni nie prowadzi do postulowanego w powołanych powyżej orzeczeniach TSUE, konieczności rozpoznania „lepszego celu wykorzystania usługi zasadniczej", aby uznać tą usługę za usługę złożoną. Prace te mogłyby obiektywnie zostać wykonane przez podmiot trzeci, ponieważ nie są one w żaden sposób funkcjonalnie, technologicznie oraz technicznie związane w pracami budowlanymi realizowanymi przez wykonawcę w związku z zamówieniem.

Zagospodarowanie terenów zieleni wokół budynków sądu i prokuratury stanowi samodzielne i niezależne świadczenie, które mogłoby zostać odrębnie zlecone i wykonane na podstawie odrębnej umowy. W skrajnym przypadku, usługi dotyczące zagospodarowania zieleni mogłyby nie zostać wykonane w ramach danego zamówienia. Tym samym, należy uznać, iż w omawianej sprawie występują dwie równorzędne i niezależne od siebie (pod względem realizacji i odbioru) czynności, które dla celów opodatkowania VAT powinny być traktowane odrębnie: usługa budowlana polegające na wybudowaniu sądu i prokuratury oraz usługa zagospodarowania zieleni wokół tych budynków.

Stanowisko Odwołującego zostało potwierdzone przykładowo w interpretacji indywidualnej z dnia 23 września 2019 r. 0115-KDIT1-1.4012.463.2019.2.KM oraz w interpretacji indywidualnej z dnia 14 czerwca 2019 r. 0112-KDIL1-3.4012.183.2019.1.AK. Organ uznał, że stanowisko wnioskodawcy za prawidłowe: *„W świetle powyższych wyjaśnień Spółka uważa, iż wykonanie usługi kompleksowej polegającej na: humusowaniu poboczy, rowów skarp, darninowaniu rowów, usunięciu i sadzeniu drzew i krzewów, pielęgnacji nasadzeń, zakładaniu i pielęgnacji zieleni (sklasyfikowanej w PKWiU 81.30.10.0) należy opodatkować według właściwej stawki VAT, tj. 8% - nawet gdy są one świadczone przez podwykonawcę w ramach umowy budowy autostrady".*

Na odrębność usługi zagospodarowania zieleni wokół sądu i prokuratury od usługi budowlanej wskazuje również fakt, że w Projekcie Wykonawczym w ramach tej usługi wykonawca zobowiązuje się do utrzymywania zieleni przez jeszcze 12 miesięcy po zakończeniu budowy (prace pielęgnacyjne). Przykładowo, w interpretacji z dnia 22 maja 2022 r. 0112-KDSL2-2.440.50.2022.2.IP: *„Poszczególne czynności wykonywane przez Wnioskodawcę w ramach zawartej umowy prowadzą do realizacji jednego celu jakim jest kompleksowe zagospodarowanie terenu zieleni - tutaj zieleni drogowej, która będzie elementem infrastruktury drogowej, jednak odrębnym od niego - droga jest w stanie samodzielnie funkcjonować bez zieleni drogowej. Ponadto celem jest utrzymanie zieleni po zakończeniu budowy drogi, co wskazuje, że jest to świadczenie odrębne od samej usługi budowlanej".*

Odwołujący wskazał także, że na odrębność usługi zagospodarowania zieleni wokół Sądu i Prokuratury wskazują również wyroki wydawane przez Krajową Izbę Odwoławczą w podobnych stanach faktycznych. KIO w ramach rozstrzyganych sporów, co do zasady wskazuje, że dla usług budowlanych oraz usług zagospodarowania terenów zielonych powinny być stosowane dwie odrębne stawki VAT. (Uchwała KIO z 20 października 2022 r., sygn. KIO/KD

28/22, wyrok KIO z 18 listopada 2020 r. ,sygn. KIO 2742/206,wyrok KIO z dnia 17.09.2020 r., sygn. akt KIO 2076/20, wyrok KIO z 2 grudnia 2019 r. sygn. KIO 2341/19).

Mając na uwadze wskazane argumenty do zastosowania stawki VAT 8%, oferta dotycząca przedmiotowego zamówienia w części dotyczącej IX „Zieleń" Projektu Wykonawczego musiała przy ustaleniu ceny uwzględnić powyższą stawkę. Błędem w obliczeniu ceny jest zatem zastosowanie stawki 23%, jak uczyniło to Konsorcjum Polimex.

Odwołujący wskazał także, że otrzymał potwierdzenie swojego stanowiska na postawie interpretacji indywidualnej Ministra Rozwoju i Finansów (dalej: „Minister") z dnia 3 listopada 2016 r., IPPP2/4512-632/16-3/BH. Interpretacja ta nie została do dnia dzisiejszego uchylona, nie utraciła także mocy z uwagi na wydanie interpretacji ogólnej, co oznacza, że organ podatkowy jest związany tym stanowiskiem w przypadku opodatkowania świadczenia usługi zagospodarowania terenów zieleni przez Spółkę. Zgodnie z ww. interpretacją: *„Z okoliczności opisanych we wniosku wynika, że dla celów opodatkowania podatkiem VAT, usługi wykonywane przez Spółkę należy uznać za dwie odrębne od siebie czynności tj. usługi budowlane oraz usługi związane z zagospodarowaniem terenów zielonych. Oferta składana przez Wnioskodawcę wykazuje usługi zagospodarowania terenów zielonych w odrębnych od usług budowlanych pozycjach kosztorysowych określając dla nich cenę niezależną od usługi budowlanej. Usługa polegająca na zagospodarowaniu terenów zielonych występuje jako czynność niezależna od usług budowlanych i może być z łatwością wykonana przez inny podmiot. Pomiędzy tymi usługami nie ma związku o charakterze nierozerwalnym. Należy także zaznaczyć, że z okoliczności przedstawionych we wniosku wynika, że z punktu widzenia nabywcy dokonuje on zakupu dwóch odrębnych od siebie usług. W związku z tym należy zgodzić się z Wnioskodawcą, że w zdarzeniu opisanym we wniosku, brak jest obiektywnych podstaw do uznania, że usługi zagospodarowania terenów zielonych oraz usługi budowlane realizowane w ramach jednego kontraktu są tak ściśle ze sobą związane, że należałoby je uznać za usługę kompleksową."*

Ponadto, uzasadnieniem dla zastosowania stawki 8% VAT jest dokumentacja przedmiotowego postępowania, gdzie Zamawiający w Tabeli Podziału Ceny Ryczałtowej (TPCR) poz. 8 (podatek VAT od poz. 3.2. zieleń) wskazał zieleń, jako samodzielne świadczenie w stosunku do świadczenia głównego, realizowane przy okazji prac budowlanych.

Odwołujący podkreślił, że na 8 wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu tylko Konsorcjum Polimex zastosowało inną stawkę.

Odwołujący podniósł także zarzut ewentualny dotyczący posiadania ograniczonych uprawnień przez Kierownika robót telekomunikacyjnych wskazanego w ofercie Konsorcjum Polimex.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z Rozdziałem IV, pkt 1)1.1.4) b) 6) SWZ, Zamawiający wymagał dysponowania co najmniej jedyną osobą, która będzie pełniła funkcję Kierownika robót telekomunikacyjnych. Zamawiający wymagał od osoby, która miała pełnić funkcję Kierownika robót telekomunikacyjnych posiadania uprawnień bez ograniczeń.

Konsorcjum Polimex zgłosiło na to stanowisko osobę p, W.G., który posiada uprawnienia ograniczone. Odwołujący przedstawił print screen ze strony Głównego Urzędu Nadzoru Budowlanego https://e-crub.gunb.gov.pl/ dotyczący uprawnień ww. osoby.

Zdaniem Odwołującego, powyższe wskazuje, że Konsorcjum Polimex złożyło w zakresie dysponowania Kierownikiem robót telekomunikacyjnych z nieograniczonymi uprawnieniami nieprawdziwe informacje, niezgodne z rzeczywistością. W analizowanym przypadku niezgodne z rzeczywistością jest poświadczenie, iż p. W.G. ma uprawnienia bez ograniczeń. Przedstawione informacje miały wpływ na wynik postępowania i na decyzję Zamawiającego, bowiem wprowadziły w błąd Zamawiającego, który wybrał ofertę Konsorcjum Polimex, mimo niespełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego, oferta Konsorcjum Polimex winna być także odrzucona na podstawie art. 226 ust.1 pkt 7 Pzp, jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust.1 ww. ustawy, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Niewątpliwie działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami w niniejszym postępowaniu to działanie Konsorcjum Polimex, które złożyło ofertę, podając w niej nieprawdziwe informacje, po to, by uzyskać zamówienie, co powoduje nie tylko naruszenie interesu Odwołującego w niniejszym postępowaniu, który złożył prawidłową i zgodną z prawem ofertę, i nie może uzyskać tego zamówienia, ale także naruszenie interesu Odwołującego w przyszłości w postaci nieuzyskania tego zamówienia, coi będzie się wiązało z brakiem uzyskania referencji, a następnie także w prosty sposób - wyeliminowanie Odwołującego z rynku. Skoro bowiem Odwołujący nie będzie miał referencji, to nie będzie mógł brać udziału w kolejnych postępowaniach. Zatem, złożenie przez Konsorcjum Polimex nieprawdziwych informacji, co do legitymowania się doświadczeniem dotyczącym osób wskazanych do realizacji zamówienia może prowadzić do eliminacji Odwołującego z rynku, co bezsprzecznie narusza interes Odwołującego, ale także i każdego innego przedsiębiorcy biorącego udział w postępowaniu. Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący przytoczył wyrok KIO z dnia 21 maja 2019 roku, sygn. akt KIO 803/19.

Jako zarzut ewentualny Odwołujący wskazał zaniechanie wezwania Konsorcjum Polimex do uzupełnienia dokumentów z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania Kierownikiem robót telekomunikacyjnych. Odwołujący wskazał, że na rynku bardzo trudno jest „zdobyć" czy też dysponować kierownikiem robót telekomunikacyjnych, dlatego też takie nieuczciwe zachowanie wykonawcy winno być napiętnowane. Oferta Konsorcjum Polimex winna być odrzucona, jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Bez znaczenia jest przy tym fakt, iż Zamawiający nie przewidział fakultatywnych podstaw wykluczenia z postępowania w postaci złożenia nieprawdziwych informacji - co do takich stanów faktycznych wielokrotnie wypowiadała się już Izba w swoich orzeczeniach. Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący wskazał wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2022 roku o sygnaturze KIO 5/22.

Oferta Konsorcjum NDI

Jako drugą ofertę z łączną punktacją – 98,13 Zamawiający wskazał w ogłoszeniu o wyborze oferty najkorzystniejszej - ofertę złożona przez Konsorcjum NDI. W opinii Odwołującego, również i ta oferta nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz Konsorcjum NDI przedstawiło nieprawdziwe informacje, co spowodowało przyznanie zbyt dużej liczby punktów w ramach kryterium doświadczenia osób.

Koordynator Wykonawcy – p. M.M..

Zgodnie z Rozdziałem IV, pkt 1)1.1.4) b) 1) SWZ, Zamawiający wymagał dysponowania co najmniej jedyną osobą, która będzie pełniła funkcję Koordynatora Wykonawcy. Zamawiający postawił wymóg, aby osoba ta *„należycie koordynowała wykonanie co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal, budynków garaży) o wartości co najmniej 60.000.000 zł brutto wartość całej umowy/kontraktu)".* Zatem, wykonawca powinien wykazać się osobą koordynującą co najmniej jedną robotą budowlaną polegającą na przebudowie lub budowie budynku użyteczności publicznej, gdzie wartość całego kontraktu wynosi co najmniej 60 000.000 zł brutto, ale z wartości tej wyłączone są hale i budynki garaży. Zamawiający wskazał, że ma to być wartość umowy/kontraktu, co należy rozumieć, że wartość dotycząca budynku użyteczności publicznej nie ma być rozbita na kilka umów, ale wykazana w ramach jednej umowy/kontraktu.

Konsorcjum NDI na potwierdzenie tego warunku zaproponowało p. M.M., który wskazał jako swoje doświadczenie - koordynowanie projektu *„Budowa i wyposażenie zaplecza technicznego do obsługi taboru kolejowego, w tym dwukondygnacyjny budynek biurowy*."

Zgodnie z informacją Inwestora – „Koleje Małopolskie", wartość robót obejmujących budowę budynku użyteczności publicznej wynosi 22.062.716,00 zł brutto.

Wobec powyższego, należy stwierdzić, iż Konsorcjum NDI nie tylko nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie, ale także przedstawiło nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na decyzję Zamawiającego, w szczególności na decyzję dotyczącą przyznania punktów w kryterium dotyczącym doświadczenia.

Zgodnie z Rozdziałem VII – Kryteria i sposób oceny ofert pkt 1.1) b) SWZ, Zamawiający postanowił, że przyzna punkty za doświadczenie osób odpowiedzialnych za nadzór nad robotami budowlanymi o wadze 30%. Kryterium doświadczenia było tożsame z warunkiem. Odwołujący przytoczył jego treść.

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, p M.M. za budynek nr 2 nie powinien dostać punktów, co Odwołujący wskazał jako zarzut ewentualny: zamiast 5 pkt powinien uzyskać 2,5 pkt, gdyby nie przedstawił nieprawdziwych informacji.

p. Ł.C. – Kierownik robót elektrycznych

Podobnie, zgodnie z Rozdziałem IV, pkt 1) 1.1.4) b) 4) SWZ, Zamawiający wymagał dysponowania co najmniej jedyną osobą, która będzie pełniła funkcję Kierownika robót elektrycznych. Zamawiający postawił wymóg, aby osoba ta należycie wykonywała funkcję Kierownika robót elektrycznych przy co najmniej jednej robocie budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal, budynków garaży) o wartości co najmniej 60.000.000 zł brutto (wartość całej umowy/kontraktu).

Konsorcjum NDI na potwierdzenie tego warunku wskazało p. Ł.C., który posiada doświadczenie przy realizacji projektu *„Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską – Część I w tym budynek Kapitanatu."*

Zgodnie z informacją Inwestora „Urzędu Morskiego w Gdyni", wartość robót obejmujących budowę budynku użyteczności publicznej (kapitanatu) wynosi 10 247 749, 13 złotych brutto.

Wobec powyższego, należy stwierdzić, iż Konsorcjum NDI nie tylko nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie, ale także przedstawiło nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na decyzję Zamawiającego, w szczególności dotyczącą przyznania punktów w kryterium dotyczącym doświadczenia.

Ponadto, zgodnie z Rozdziałem VII – Kryteria i sposób oceny ofert pkt 1.1) b) 4) SWZ, Zamawiający postanowił przyznać wykonawcom punkty za doświadczenie osób odpowiedzialnych za nadzór nad robotami budowlanymi o wadze 30%. Kryterium doświadczenie było tożsame z warunkiem udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego, p. Ł.C. za budynek nr 3 nie powinien dostać punktów (zarzut ewentualny), zamiast 5 pkt

powinien uzyskać 2,5 pkt.

p. Ł.B.- Kierownik robót telekomunikacyjnych

Podobnie, zgodnie z Rozdziałem IV, pkt 1) 1.1.4) b) 6) SWZ, Zamawiający wymagał dysponowania co najmniej jedyną osobą, która będzie pełniła funkcję Kierownika robót telekomunikacyjnych. Zamawiający postawił wymóg, aby osoba ta należycie wykonywała funkcję Kierownika robót telekomunikacyjnych przy co najmniej jednej robocie budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal, budynków garaży) o wartości co najmniej 60.000.000 zł brutto (wartość całej umowy/kontraktu).

Konsorcjum NDI na potwierdzenie tego warunku wskazało p. Ł.B., który posiada doświadczenie przy realizacji projektu „*Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską – Część I w tym budynek Kapitanatu."*

Zgodnie z informacją Inwestora – „Urzędu Morskiego w Gdyni", wartość robót obejmujących budowę budynku użyteczności publicznej (kapitanatu) wynosi 10 247 749, 13 złotych brutto.

Wobec powyższego, należy stwierdzić, iż Konsorcjum NDI nie tylko nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie, ale także przedstawiło nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na decyzję Zamawiającego, w szczególności dotyczącą przyznania punktów w kryterium dotyczącym doświadczenia.

Zgodnie z Rozdziałem VII – Kryteria i sposób oceny ofert pkt 1.1) b) swz Zamawiający przyzna punkty za doświadczenie osób odpowiedzialnych za nadzór nad robotami budowlanymi o wadze 30%. Kryterium doświadczenie jest tożsame z warunkiem udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego, p. Ł.B. za budynek nr 2 nie powinien dostać punktów (zarzut ewentualny), zamiast 5 pkt powinien uzyskać 2,5 pkt.

Podsumowując, Odwołujący wskazał, że projekt „*Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską"* nie jest budynkiem użyteczności publicznej. Podobnie, „*Budowa i wyposażenie zaplecza technicznego do obsługi taboru kolejowego*", to nie jest budynek użyteczności publicznej. Bez znaczenia jest tu wartość całego kontraktu, nawet jakby przekraczała 60 mln złotych, gdyż osoby realizujące takie projekty nie mają doświadczenia w zakresie budowania budynków użyteczności publicznej.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający, prowadzący postępowanie, którego przedmiotem zamówienia jest obiekt użyteczności publicznej o wartości około 100 mln złotych, powinien uważnie zweryfikować ofertę Konsorcjum NDI w kontekście przedmiotu zamówienia oraz postawienia warunku w sposób proporcjonalny i adekwatny do przedmiotu zamówienia, tak, aby wybrać wykonawcę dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, a zatem, posiadającego doświadczenie w przedmiocie wybudowania budynku użyteczności publicznej. Zamawiający powinien co najmniej dążyć do wyjaśnienia doświadczenia p. Ł.B., który wskazał projekt: *Zaprojektowanie i budowa nowego nabrzeża z przyległymi placami składowymi na terenie Portu Gdańsk, w tym budynek administracyjno-socjalny – w zakresie wartości samego budynku.* Nowe nabrzeże wraz z przyległymi placami składowymi na terenie Portu Gdańsk z pewnością nie jest budynkiem użyteczności publicznej. Osoba, która ma doświadczenie w budowaniu nabrzeża z placami składowymi, a zatem budowa zewnętrzna, nawet jeśli miałaby wielką wartość, nie determinuje nabycia doświadczenia w zakresie budynków użyteczności publicznej.

Oferta Warbud

p. P.D. - Kierownik robót telekomunikacyjnych

Zgodnie z Rozdziałem IV, pkt 1) 1.1.4) b) 6) SWZ, Zamawiający wymagał dysponowania co najmniej jedyną osobą, która będzie pełniła funkcję Kierownika robót telekomunikacyjnych. Zamawiający postawił wymóg, aby osoba ta należycie wykonywała funkcję Kierownika robót telekomunikacyjnych przy co najmniej jednej robocie budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal, budynków garaży) o wartości co najmniej 60.000.000 zł brutto (wartość całej umowy/kontraktu).

Wykonawca Warbud na potwierdzenie tego warunku wskazał p. P.D., który posiada doświadczenie przy realizacji projektu „*Budowa Centrum Handlowego Agora Bytom"*.

Zgodnie z informacją Koordynatora Technicznego tego budynku, na podstawie dwóch rozmów, co do których dowód Odwołujący przedstawi na rozprawie, p. P.D. nie był Kierownikiem robót telekomunikacyjnych na tym kontrakcie. Zgodnie z uzyskaną przez Odwołującego wiedzą, nie ma jego wpisów w Dzienniku Budowy dotyczących tej inwestycji. Odwołujący wskazał, że na przedmiotowej inwestycji Generalnym Wykonawcą był ERBUD, natomiast podwykonawcą, który zatrudniał p. P.D. był QUMAK. Fizycznie p. D. był obecny na inwestycji, ale nie pełnił funkcji Kierownika robót telekomunikacyjnych.

Wobec powyższego należy stwierdzić, iż Warbud nie tylko nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie, ale także przedstawił nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na decyzję Zamawiającego, w szczególności dotyczącą przyznania temu wykonawcy punktów w kryterium dotyczącym doświadczenia.

Zgodnie z Rozdziałem VII – Kryteria i sposób oceny ofert pkt 1.1) b) SWZ, Zamawiający przyznawał punkty za doświadczenie osób odpowiedzialnych za nadzór nad robotami budowlanymi o wadze 30%. Kryterium za doświadczenie

było tożsame z warunkiem udziału w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego, p. P.D. za budynek nr 2 nie powinien dostać punktów (zarzut ewentualny), zamiast 5 pkt powinien uzyskać 2,5 pkt.

W pierwszej kolejności, z uwagi na przedstawienie nieprawdziwych informacji, oferta Warbud winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust.1 pkt 7 Pzp, jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. W tym zakresie Odwołujący powołał się na argumentację i wyroki wskazane powyżej przy analogicznym zarzucie dotyczącym Konsorcjum Polimex oraz Konsorcjum NDI.

Gdyby natomiast Izba uznała, że nie są to nieprawdziwe informacje, to wykonawca Warbud nie powinien dostać maksymalnej liczby punktów za doświadczenie personelu, a winno ono być stosownie obniżone o 2,5 punktów (zamiast 5 pkt) i dostosowane do wagi kryterium 30%.

W opinii Odwołującego, Zamawiający winien także co najmniej wyjaśnić pozostałe doświadczenie personelu wykonawcy Warbud, gdyż zachodzi ryzyko, że również i co do innych projektów oświadczył on nieprawdę.

Pan K.G. - Kierownika robót drogowych

W ofercie wykonawca Warbud wskazał p. K.G. jako osobę na stanowisko Kierownika robót drogowych. Pan K.G. na potwierdzenie doświadczenia jako kierownika robót drogowych wskazał 4 inwestycje, w tym *Budowę drogi ekspresowej S-8 Trasa Armii Krajowej od węzła „Konotopa" do węzła „Prymasa Tysiąclecia*" oznaczoną jako robota drogowa nr 3.

Zgodnie z informacją Inwestora w Dziennikach Budowy nie znaleziono wpisu p. K.G..

Pan A.W. – Koordynator Wykonawcy

W ofercie wykonawca Warbud wskazał p. A.W. jako Koordynatora Wykonawcy. Pan A.W. na potwierdzenie swojego doświadczenia jako Koordynatora Wykonawcy podał 5 inwestycji, w tym *Budowę Filharmonii Szczecińskiej im. M.K. w Szczecinie* oznaczoną jako budynek nr 1.

Zgodnie z informacją Inwestora p. A.W. nie pełnił na przedmiotowej inwestycji takiej funkcji.

Z uwagi na pozyskanie takich informacji o doświadczeniu kluczowego personelu, a zatem na przedstawienie nieprawdy w zakresie doświadczenia osób Zamawiający powinien zweryfikować wszystkie wykazane przez personel Warbud inwestycje.

Wykonawca Warbud S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2307/23 po stronie Zamawiającego.

Wykonawca Warbud S.A. złożył do akt sprawy pismo procesowe z dnia 21 sierpnia 2023 r. zawierające szczegółowe stanowisko i wyjaśnienia tego wykonawcy w odniesieniu do zarzutów podniesionych w odwołaniu KIO 2307/23 wobec oferty Warbud. Przystępujący wniósł o oddalenie w tym zakresie odwołania.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie – Konsorcjum Polimex - zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum NDI zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 18 sierpnia Konsorcjum NDI przedstawiło swoje stanowisko w sprawie. Wraz z ww. pismem zostały złożone do akt sprawy następujące dokumenty:

1)Projekt Wykonawczy Część 9 – Projekt Architektoniczno-Budowlany (dot. budowy zaplecza technicznego do obsługi taboru kolejowego na terenie stacji Kraków Towarowy

2)Projekt Budowlany Część 9 – Projekt Architektoniczno-Budowlany (dot. budowy zaplecza technicznego do obsługi taboru kolejowego na terenie stacji Kraków Towarowy

3)Rzut parteru 1:100 (Budowy zaplecza technicznego dla obsługi taboru kolejowego na stacji Kraków Towarowy)

4)Rzut piętra 1:100 (Budowy zaplecza technicznego dla obsługi taboru kolejowego na stacji Kraków Towarowy)

5)Przekrój 1:100 (Budowy zaplecza technicznego dla obsługi taboru kolejowego na stacji Kraków Towarowy)

Zamawiający, pismem z dnia 18 sierpnia 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutów nr 1 i 3 odwołania, dotyczących:

Zarzutu nr 1 - naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, poprzez nieodrzucenie oferty Konsorcjum Polimex z uwagi na to, że oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny poprzez zastosowanie 23% stawki VAT na tzw. zieleń (tereny zewnętrzne), podczas, gdy winna być zastosowana stawka preferencyjna, co potwierdza błąd w obliczeniu ceny,

Zarzutu nr 3 - naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp, poprzez brak wezwania Konsorcjum Polimex do uzupełnienia spełniania warunków udziału w postępowaniu w przedmiocie dysponowania kierownikiem robót telekomunikacyjnych bez ograniczeń.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w pozostałej części.

BKIO 2308/23

Wykonawca, Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie, wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie

następujących przepisów:
1. art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Polimex, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny (w części dotyczącej zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 23 % w odniesieniu do pozycji 3.2. – zieleń),
2. art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp, poprzez nieprawidłową i niezgodną z SWZ ocenę oferty złożonej przez Konsorcjum NDI w kryterium „doświadczenie osób odpowiedzialnych za nadzór nad robotami budowlanymi" (Roz. VIII, pkt 1. 3) b) SWZ) i przyznanie tej ofercie zawyżonej liczby punktów,
3. art. 223 ust. 1 Pzp i 128 ust. 4 Pzp w związku z 239 ust. 1 Pzp w zw. art. 16 pkt 1-3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum NDI do wyjaśnienia treści oferty w kryterium „doświadczenie osób odpowiedzialnych za nadzór nad robotami budowlanymi", co w konsekwencji doprowadziło do przyznania tej ofercie zawyżonej liczby punktów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2.powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
3.odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum Polimex;
4.zmniejszenia z 30 do 22,5 punktów przyznanych ofercie Konsorcjum NDI w kryterium „doświadczenie osób odpowiedzialnych za nadzór nad robotami budowlanymi",
5.wezwania Konsorcjum NDI do wyjaśnienia treści oferty w zakresie wartości robót budowalnych dotyczących budynku użyteczności publicznej zrealizowanego w ramach inwestycji wskazanej jako doświadczenie Kierownika robót telekomunikacyjnych, tj. „*Zaprojektowanie i budowa nowego nabrzeża z przyległymi placami składowymi na terenie Portu Gdańsk w tym budynek administracyjno-socjalny"* i ewentualnie dalsze zmniejszenie ilości przyznanych punktów o kolejne 2,5 pkt,

ewentualnie - wezwanie Konsorcjum NDI do wyjaśnienia treści oferty w zakresie wartości robót budowalnych dotyczących budynku użyteczności publicznej zrealizowanego w ramach inwestycji wskazanej jako doświadczenie:
-Koordynatora Wykonawcy/Kierownika Kontraktu/Dyrektora Kontraktu,
-Kierownika robót elektrycznych,
-Kierownika robót telekomunikacyjnych,
6.ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył ofertę, która uplasowała się na trzeciej pozycji pod względem ilości punktów w rankingu ofert. W wyniku zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum Polimex oraz przyznania Konsorcjum NDI zawyżonej liczby punktów, oferta Odwołującego nie została uznana za najkorzystniejszą. Tym samym, objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu uzyskania zamówienia. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczna z ustawą ww. czynność Zamawiającego w sposób negatywny oddziałuje na możliwości uzyskania zamówienia przez Odwołującego.

I.Zarzuty dotyczące oferty Konsorcjum Polimex.

Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest „Budowa budynku dla Sądu Rejonowego w Legionowie i Prokuratury Rejonowej w Legionowe przy ul. Jana III Sobieskiego 47 i 47A z koniecznymi rozbiórkami wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą". Przedmiot zamówienia obejmuje roboty budowlane oraz usługi zagospodarowania terenów zieleni. Zgodnie z Tomem I „Zagospodarowanie Terenu", Część IX „Zieleń" Projektu Wykonawczego (dalej: „Projekt Wykonawczy"), postępowanie dotyczy opracowania terenu znajdującego się przy ulicy Jana III Sobieskiego 47 i 47 A w Legionowie, a więc zagospodarowania terenów zieleni, które znajdą się wokół budynku sądu rejonowego oraz prokuratury rejonowej w Legionowie. Obszar opracowania (około 1 ha) obejmuje swoim zakresem działkę nr ew. 133 i 137 obręb 66 w Legionowie, na terenie której zinwentaryzowano 27 drzew i 8 krzewów.

Zgodnie z Projektem Wykonawczym opracowanie terenu zakłada:
-zachowanie możliwie dużej ilości już istniejącej zieleni,
-usunięcie części drzew oraz krzewów, gdzie jest to konieczne (drzewa martwe, chore, cechujące się złym stanem fitosanitarnym lub bardzo mocno zaburzoną statyką (w tym stwarzających zagrożenie),
-wykonanie nasadzeń drzew, krzewów, roślin okrywowych i trawników przy
nowo projektowanym obiekcie,
-zabiegi pielęgnacyjne.

W związku z powyższym, elementem wchodzącym w zakres przedmiotu zamówienia jest pozycja 3.2. – zieleń, której wycena zawarta została w wierszu 8 Tabeli Podziału Ceny Ryczałtowej (TCPR).

Odwołujący wskazał, że w postępowaniu zostało złożonych 8 ofert. Sześciu wykonawców w zakresie pozycji 3.2. zieleń zastosowało 8% stawkę podatku VAT, a tylko dwóch, w tym Konsorcjum Polimex - do całości przedmiotu zamówienia zastosowało stawkę 23%.

W dniu 24 kwietnia 2023 r. i 4 maja 2023 r. Zamawiający, odpowiadając na pytania wykonawców, udzielił następujących odpowiedzi:

Pytanie nr 351: *Tabela TPCR - wg Wykonawcy zachodzi konieczność zastosowania rożnych stawek VAT (zieleń - 8%, roboty budowalne 23%). Czy w związku z tym Zamawiający dopuszcza modyfikację załączonej Tabeli tak, aby można było wskazać dodatkową stawkę VAT? Względnie prosimy o zmodyfikowanie załączonego formularza.*

Odpowiedź na pytanie nr 351: *W odpowiedzi na pytanie Zamawiający modyfikuje Załącznik Nr 2A do SWZ (Tabela TPPR w załączeniu).*

Pytanie nr 378: *W nawiązaniu do Państwa odpowiedzi nr 351 z dnia 27.04.2023 roku nie zgadzamy się, aby odpowiedzialność co do określenia właściwej stawki VAT ciążyła na Oferencie i prosimy o określenie jakie stawki VAT należy przyjąć do oferty dla pozycji 1-5 oraz pozycji 3.2 Tabeli Podziału ceny ryczałtowej (TPCR)- zał. nr 2A do SWZ. Informujemy ponadto, że art. 225 ust. 1 ustawy PZP nie zwalnia Zamawiającego ze znajomości przepisów o podatku od towarów i usług, tym samym odpowiedzialność w zakresie ustalenia właściwej stawki podatku nie powinna zostać przerzucona na Wykonawcę/Oferenta. Takie stanowisko zostało również przedstawione w wyroku KIO z dnia 10 września 2019 r., sygn. akt: KIO 1654/19.*

Odpowiedź na pytanie nr 378: *Zamawiający wyjaśnia, iż ustalenie i stosowanie właściwej stawki VAT jest obowiązkiem podatnika VAT będącego sprzedawcą towarów czy usług. Ustalenie i stosowanie właściwej stawki VAT jest więc w tym przypadku obowiązkiem Wykonawcy. Przywołany art. 225 ustawy dotyczy szczególnej sytuacji, w której obowiązek podatkowy obciąża Zamawiającego, niemniej jednak również i w takiej sytuacji ustawodawca nałożył na Wykonawcę wprost obowiązek wskazania w ofercie stawki podatku VAT (vide art. 225 ust. 2 pkt. 4 ustawy). Z kolei przywołany w treści pytania wyrok KIO dotyczy wyłącznie ww. sytuacji szczególnej, w której płatnikiem VAT jest Zamawiający, a tym samym choć to Wykonawca zobowiązany jest wskazać właściwą stawkę podatku VAT w ofercie, to Zamawiającego – jako płatnika tego podatku w tym szczególnym przypadku – obciążać będzie ostateczne ustalenie jego wysokości, niezależnie od deklaracji w ofercie Wykonawcy.*

Jak wynika z przywołanych odpowiedzi, Zamawiający nie wskazał w SWZ prawidłowej stawki podatku VAT. Tym samym, Zamawiający powinien samodzielnie ustalić, która z zastosowanych przez wykonawców stawek jest prawidłowa. Zamawiający, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp zobowiązany jest do odrzucenia oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny. Nieprawidłowe zastosowanie stawki podatku VAT, nawet podstawowej, stanowi błąd w obliczeniu ceny i powinno prowadzić do odrzucenia oferty. W tej kwestii najnowsze orzecznictwo Izby jest jednolite (por. wyrok KIO z dnia 26 listopada 2020 r., KIO 2933/20, wyrok KIO z dnia 7 października 2021 r. KIO 2652/21).

Odwołujący wyjaśnił, że podczas badania i oceny ofert, Zamawiający zwrócił się do wszystkich wykonawców o wyjaśnienie w zakresie zastosowanej przez nich stawki podatku VAT. Żaden z wykonawców nie wskazał, iż zastosował niewłaściwą stawkę w wyniku omyłki.

W ocenie Odwołującego, prawidłową stawką, dla pozycji 3.2. – zieleń, jest stawka 8% na co wskazują następujące okoliczności:

Zgodnie z art. 41 ust. 2 ustawy o podatku od towarów i usług (dalej również jako „ustawa o VAT") w zw. z art. 146 ea pkt 2) ustawy o VAT, z preferencyjnej stawki podatkowej w wysokości 8% korzystają towary i usługi wymienione w załączniku nr 3 do ww. ustawy. W ramach poz. 52 załącznika nr 3 do ustawy o VAT, jako elementy korzystające z preferencyjnej stawki podatkowej, wymienione zostały „Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni", klasyfikowane do grupy 81.30 PKWiU.

W dziale PKWiU 81 mieści się klasa 81.30 Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni. Z kolei w ww. klasie zostało wymienione m.in. grupowanie 81.30.12.0 (Wykonawca wskazuje, że zgodnie z informacjami zamieszonymi przez Prezesa GUS grupowaniu PKWiU 81.30.10.0, którym posługiwano się w ramach klasyfikacji PKWiU 2008 r., w nowej klasyfikacji nadano numer PKWiU 81.30.12.0. (https://stat.gov.pl/Klasyfikacje/doc/pkwiu_15/pdf/zarzadzenie_nr_5_klucze-inter.pdf) "Usługi związane z zagospodarowaniem pozostałych terenów zieleni", które obejmuje, zgodnie z wyjaśnieniami Głównego Urzędu Statystycznego (https://stat.gov.pl/Klasyfikacje/doc/pkwiu_15/pdf/wyjasnienia_PKWiU-2015-wersja_25032019.pdf):

-usługi dokonywania zasadzeń, pielęgnację i utrzymanie:

parków i ogrodów: przy domach wielomieszkaniowych, przy budynkach użyteczności publicznej i częściowo publicznej (szkoły, szpitale, budynki administracyjne, kościoły itp.), na terenach miejskich (parki miejskie, strefy zieleni, cmentarze itp.), zieleni autostrad, ulic, dróg kolejowych i tramwajowych, brzegów dróg wodnych, w portach itp., przy budynkach przemysłowych i handlowych,

zieleni: budynków (zieleń fasad, ogrody na dachach i wewnątrz budynków itp.), terenów sportowych, terenów przeznaczonych do gier i zabaw na świeżym powietrzu i innych terenów rekreacyjnych (np. trawniki przeznaczone do zażywania kąpieli słonecznych, pola golfowe), wód stojących i płynących (zbiorniki wodne, bagna, stawy, baseny kąpielowe, fosy, strumyki, potoki, rzeki, systemy oczyszczania ścieków),

-zagospodarowanie terenów zieleni i dokonywanie zasadzeń w celu ochrony przed hałasem, wiatrem, erozją, oślepianiem lub dla ułatwienia widoczności,
-pozostałe usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni innych niż rolnicze i leśne: renaturalizacja, rekultywacja, melioracja gruntów, tworzenie obszarów retencyjnych, zbiorników burzowych itp.,
-usługi projektowe i budowlane w zakresie drobnych prac związanych z zagospodarowaniem terenów zieleni (kształtowania terenu, budowy ścian oporowych, ścieżek spacerowych itp.).
Grupowanie to nie obejmuje: produkcji w celach handlowych i dokonywania zasadzeń w celu sprzedaży roślin, drzew, sklasyfikowanych w odpowiednich grupowaniach działów 01, 02, oraz usług szkółek, włączając szkółkarstwo leśne, sklasyfikowanych w 01.30.10.0, 02.10.20.0.

Zdaniem Odwołującego, z powyższego wynika, iż usługi wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia w ramach robót zewnętrznych (PZT) w pozycji „Zieleń" (gospodarka drzewostanem, pielęgnacja drzew istniejących, nasadzenia drzew i krzewów itp.) obejmują zakres definiowany według PKWiU jako „Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni". Tym samym, zakres tych prac objęty jest preferencyjną stawką podatkową w wysokości 8%, zgodnie z pozycją nr 52 załącznika nr 3 do ustawy o VAT.

Konsorcjum Polimex, składając wyjaśnienia dotyczące zastosowanej 23% stawki VAT, podało, iż zastosowało tę stawkę, gdyż uznało, że świadczenie ma charakter kompleksowy.

W ocenie Odwołującego, stanowisko to jest błędne, gdyż prace w zakresie zieleni mają niezależny od prac budowlanych w zakresie Budynku Sądu i Prokuratury, charakter, a co za tym idzie, nie mogą być częścią świadczenia kompleksowego. O niezależności i samodzielności prac w zakresie zieleni świadczy fakt, że:
-pozostają bez wpływu na zakres wykonywanych czynności zmierzających do osiągniecia ostatecznego efektu w postaci wybudowania Budynku Sądu i Prokuratury;
-nie są niezbędne do wybudowania Budynku Sądu i Prokuratury - Budynek Sądu i Prokuratury będzie zdatny do użytku nawet bez wykonania wcześniejszych prac w zakresie zieleni;
-nie mają charakteru pomocniczego do prac wykonywanych w zakresie Budynku Sądu i Prokuratury – celem prac w zakresie zieleni nie jest umożliwienie korzystania z Budynku Sądu i Prokuratury, ale zagospodarowanie terenów wokół Budynku Sądu i Prokuratury. Realizacja prac w zakresie zieleni jest więc celem samym w sobie;
-prace w zakresie zieleni mogą być wykonane przez inny podmiot, niż wykonawca usług budowlanych;
-ich wartość może zostać wyceniona oddzielnie od pozostałych prac, na co wskazuje formularz ofertowy, w którym wyodrębniono pozycję dotyczącą zieleni.

W związku z powyższym, nie można uznać, że dominującym składnikiem wykonywanych prac, z punktu widzenia Zamawiającego, jest wybudowanie Budynku Sądu i Prokuratury, a prace w zakresie zieleni mają przyczynić się do osiągniecia tego celu. Zdaniem Odwołującego, prace w zakresie zieleni stanowią niezależny etap prac w ramach większego przedsięwzięcia inwestycyjnego. Przy czym, w ramach tego przedsięwzięcia prace te zachowują swój niezależny charakter. W konsekwencji również dla celów podatku VAT powinny być one traktowane niezależnie od prac budowlanych.

Na prawidłowość stanowiska Odwołującego wskazuje również orzecznictwo KIO: w tym m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 25 sierpnia 2021 r. o sygn. 2041/21 KIO 2041/21, w którym zostało potwierdzone niezależne traktowanie usług w zakresie zieleni od innych prac. W wyroku zostało wprost wskazane, że: *„W związku z powyższym Izba uznała, że sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę nie można uznać za prawidłowy. Wykonawca ten wskazał w treści oferty stawkę VAT 23% w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia. Tymczasem brak jest podstaw do uznania, że mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym - co najmniej w odniesieniu do ww. usług pielęgnacji zieleni w okresie gwarancyjnym. Również w odniesieniu do pozostałego zakresu usług związanych z zagospodarowaniem terenów zielonych nie wykazano możliwości/konieczności objęcia ich stawką podatku VAT jak dla świadczenia kompleksowego."* Podobnie - uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2022-10-20, KIO/KD 28/22.

Biorąc pod uwagę okoliczność, iż powyższy błąd w obliczeniu ceny nie może zostać uznany za omyłkę (Zamawiający nie wskazał w SWZ stawki VAT, a Konsorcjum Polimex wprost przyznało, iż zastosowało ww. stawkę celowo) i poprawiony w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, oferta Konsorcjum Polimex podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp.

II. Zarzuty dotyczące oferty Konsorcjum NDI

Zgodnie z Rozdziałem VIII pkt. 1. 3) b) 1) SWZ, Zamawiający postawił następujące kryterium oceny ofert:
„Za doświadczenie Koordynatora Wykonawcy/Kierownika Kontraktu/Dyrektora Kontraktu:
- w przypadku, gdy wykazana osoba należycie koordynowała wykonanie jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal, budynków garaży) o wartości co najmniej 60.000.000 zł brutto (wartość całej umowy/kontraktu) – 0 pkt (spełnianie warunku udziału w Postępowaniu);
- w przypadku, gdy wykazana osoba należycie koordynowała wykonanie dwóch robót budowlanych polegających na

budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal, budynków garaży) o wartości co najmniej 60.000.000 zł brutto każda (wartość całej umowy/kontraktu) – 2.5 pkt;

- w przypadku, gdy wykazana osoba należycie koordynowała wykonanie trzech lub więcej robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal, budynków garaży) o wartości co najmniej 60.000.000 zł brutto każda (wartość całej umowy/kontraktu) – 5 pkt.

Za doświadczenie Koordynatora Wykonawcy/Kierownika Kontraktu/Dyrektora Kontraktu Zamawiający przyzna maksymalnie 5 pkt."

Konsorcjum NDI wskazało na stanowisko Koordynatora Wykonawcy/Kierownika Kontraktu/Dyrektora Kontraktu p. M.M., wykazując 3 inwestycje w tym: *„Budowa i wyposażenie zaplecza technicznego do obsługi taboru kolejowego, w tym dwukondygnacyjny budynek biurowy" - r*odzaj budynku: Budynek użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal, budynków garaży)., nazwa Inwestora/Zamawiającego: *Koleje Małopolskie Sp. z o.o., w*artość całej umowy/kontraktu brutto PLN: *powyżej 60 000 000,00 PLN.*

W ramach dostępu do informacji publicznej Odwołujący otrzymał od Kolei Małopolskich informację, iż wykonany budynek to *de facto* budynek hali przeglądowo-naprawczej, który składa się z:

- części warsztatowej (jednokondygnacyjnej) złożony z hali napraw, myjni i magazynu,
- części biurowo-socjalnej (dwukondygnacyjnej), na który składa się część administracyjna, nastawnia i dyspozytornia, a także pomieszczenia dla serwisantów oraz warsztaty, i który sklasyfikowany został w grupie 1251 PKOB (KŚT 101).

Odwołujący podniósł, że klasa PKOB 1251 to budynki przemysłowe, a więc nie jest to budynek użyteczności publicznej. Ponadto, wartość całej inwestycji to 97.585.698,18 zł brutto, a wartość robót obejmujących budowę budynku: 22.062.716,00 zł brutto (bez myjni i instalacji sanitarnych).

Odwołujący wskazał, że dysponuje pozwoleniem na budowę i użytkowanie, gdzie bardzo szczegółowo rozpisany jest zakres prac – wskazany jest dokładny opis budynku zaplecza techniczno-montażowego (jest to budynek składający się z hali napraw, części socjalnej, części warsztatowo-magazynowej oraz myjni). Jednoznaczny jest zatem przemysłowy charakteru budynku (budynek warsztatowo-garażowy) i w żadnej mierze nie może zostać on uznany za budynek użyteczności publicznej.

Ponadto, wymienione wyżej pozwolenia wskazują, iż oprócz właściwego budynku został wykonany szereg innych prac niezwiązanych z funkcjonowaniem budynku, tj. min. budowa, przebudowa i rozbiórka układu torowego, sieci trakcyjnych, układu drogowego oraz oświetlenie terenu.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający określił treść warunku i kryterium w następujący sposób: *„koordynowanie wykonania robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal, budynków garaży) o wartości co najmniej 60.000.000 zł brutto (wartość całej umowy/kontraktu)"*

Z treści opisu kryterium wynika, że Zamawiający oczekiwał wykazania się robotami budowlanymi polegającymi na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej, dodatkowo z wyłączeniem hal, budynków garaży, a nie jakimikolwiek robotami. Zatem, podana wartość miała odnosić się do wartości budowy lub przebudowy budynku użyteczności publicznej, a nie do wartości innych robót niezwiązanych z budową budynku. Jest to oczywiste, gdyż przedmiotem zamówienia jest właśnie budowa budynku dla Sądu Rejonowego w Legionowie i Prokuratury Rejonowej w Legionowe z koniecznymi rozbiórkami wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą. Określenie „wartość całej umowy/kontraktu" dotyczy zatem wartości budowy lub przebudowy budynku użyteczności publicznej z ewentualnymi robotami towarzyszącymi, tj. np. koniecznymi rozbiórkami czy zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą. Przeciwna interpretacja prowadziłaby do wniosku, iż wystarczającym byłoby legitymowanie się wykonaniem jakiegokolwiek, nawet maleńkiego budynku, w ramach inwestycji o zupełnie innym przedmiocie i charakterze.

W konsekwencji, Zmawiający musiałby dopuścić do realizacji zamówienia wykonawców (i kadrę) niemających żadnego doświadczenia w realizacji zamówień podobnych. Tym samym, wskazana inwestycja nie spełnia wymagania postawionego przez Zamawiającego zarówno co do przedmiotu – nie jest to budynek użyteczności publicznej, jak i co do wartości – wartość budynku wynosi około 22 mln brutto. W konsekwencji, Konsorcjum NDI nie powinno za tę inwestycję otrzymać punktów.

Ponadto, w przypadku osób wskazanych na stanowisko Kierownika robót elektrycznych i Kierownika robót telekomunikacyjnych, Konsorcjum NDI wskazało następujące doświadczenie w kryterium oceny ofert, zgodnie z Rozdziałem VIII pkt. 1. 3) b) 4) oraz 6) (warunek i kryterium analogiczne do warunku i kryterium dla Koordynatora Wykonawcy/Kierownika Kontraktu):

Nazwa roboty budowlanej: *Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską – Część I w tym budynek Kapitanatu.*

Rodzaj budynku: *Budynek użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal, budynków garaży).*

Nazwa Inwestora/Zamawiającego: *Skarb Państwa – Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni*

Wartość całej umowy/kontraktu brutto PLN: *powyżej 60 000 000,00 PLN*

Odwołujący wyjaśnił, że w ramach dostępu do informacji publicznej Odwołujący otrzymał od Urzędu Morskiego w Gdyni informację, iż wartość wykonanego budynku Kapitanatu wynosiła ok. 10 mln zł netto, a roboty budowlane były prowadzone na oddzielnym dzienniku budowy. Budynek Kapitanatu był więc jedynie dodatkiem do głównej inwestycji jaką była budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską i nie można w tym przypadku wskazywać, iż wartość całej tej inwestycji odpowiadała warunkowi postawionemu w kryterium oceny ofert, tj. budowie budynku użyteczności publicznej o wartości 60 mln, gdyż inwestycja ta miała zupełnie inny charakter. Tym samym, wskazana inwestycja nie spełnia wymagania postawionego przez Zamawiającego co do wartości budynku, i w konsekwencji Konsorcjum NDI nie powinno za tę inwestycję otrzymać punktów w kryterium doświadczenia Kierownika robót elektrycznych i Kierownika robót telekomunikacyjnych.

Ponadto, w przypadku osoby wskazanej na stanowisko Kierownika robót telekomunikacyjnych w kryterium oceny ofert zgodnie z Rozdziałem VIII pkt. 1. 3) b) 6) SWZ: wskazano kolejną inwestycję budzącą wątpliwości, tj.:

Nazwa roboty budowlanej: *Zaprojektowanie i budowa nowego nabrzeża z przyległymi placami składowymi na terenie Portu Gdańsk w tym budynek administracyjno-socjalny*

Rodzaj budynku: *Budynek użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal, budynków garaży*).

Nazwa Inwestora/Zamawiającego: *DCT Gdańsk S.A.*

Wartość całej umowy/kontraktu brutto PLN: *powyżej 60 000 000,00 PLN*

W ocenie Odwołującego, również w tym przypadku mało prawdopodobnym jest, iż wartość budynku administracyjno-socjalnego wyniosła 60 000 000,00 PLN. Kwestia ta powinna zostać wyjaśniona przez Zamawiającego w drodze wezwania do wyjaśnień, i w przypadku potwierdzenia się zarzutu, Konsorcjum NDI nie powinno dostać za tę inwestycję punktów.

W konsekwencji, Konsorcjum NDI, zamiast przyznanych 30 punktów w kryterium dotyczącym doświadczenia osób, powinno otrzymać tych punktów 22,5 (lub 20 – w przypadku potwierdzenia, iż również inwestycja dla DCT Gdańsk S.A. nie obejmowała budynku o wartości 60 000 000,00 zł). Zmniejszona liczba punktów powinna dotyczyć:

-doświadczenia Koordynatora Wykonawcy/Kierownika Kontraktu/Dyrektora Kontraktu - zamiast przyznanych 5 pkt Konsorcjum NDI powinno dostać jedynie 2,5 pkt,

-doświadczenia Kierownika robót elektrycznych - zamiast przyznanych 5 pkt Konsorcjum NDI powinno dostać jedynie 2,5 pkt,

-doświadczenia Kierownika robót telekomunikacyjnych - zamiast przyznanych 5 pkt Konsorcjum NDI powinno dostać 2,5 lub 0 pkt.

Wykonawca Skanska S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2308/23 po stronie Odwołującego.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum NDI - zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 18 sierpnia 2023 r., Konsorcjum NDI przedstawiło swoje stanowisko w sprawie. Wraz z ww. pismem zostały złożone do akt sprawy następujące dokumenty:

1. Projekt Wykonawczy Część 9 – Projekt Architektoniczno-Budowlany (dot. budowy zaplecza technicznego do obsługi taboru kolejowego na terenie stacji Kraków Towarowy,
2. Projekt Budowlany Część 9 – Projekt Architektoniczno-Budowlany (dot. budowy zaplecza technicznego do obsługi taboru kolejowego na terenie stacji Kraków Towarowy,
3. Rzut parteru 1:100 (Budowy zaplecza technicznego dla obsługi taboru kolejowego na stacji Kraków Towarowy),
4. Rzut piętra 1:100 (Budowy zaplecza technicznego dla obsługi taboru kolejowego na stacji Kraków Towarowy),
5. Przekrój 1:100 (Budowy zaplecza technicznego dla obsługi taboru kolejowego na stacji Kraków Towarowy).

Zamawiający pismem z dnia 18 sierpnia 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie w części, tj. w zakresie:

1. zarzutu nr 1 - dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Polimex, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny (w części dotyczącej zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 23 % w odniesieniu do pozycji 3.2. - zieleń).
2. zarzutu nr 2 - dotyczącego naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp, poprzez nieprawidłową i niezgodną z SWZ ocenę oferty złożonej przez Konsorcjum NDI w kryterium „doświadczenie osób odpowiedzialnych za nadzór nad dorobami budowalnymi" i przyznanie tej ofercie zawyżonej liczby punktów w zakresie doświadczenia p. M.M. jako „Koordynator Wykonawcy/ Kierownik Kontraktu/ Dyrektor Kontraktu" wykazanego w poz. Budynek 2 w Ofercie (załącznik nr 2 do SWZ).

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w pozostałej części.

C. KIO 2310/23

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum w składzie: Polimex Infrastruktura sp. z o.o., Polimex Mostostal S.A., Balzola Polska sp. z o.o., LANTANIA SA na podstawie art. 513 pkt l) i 2) Pzp i art. 505 ust. 1 Pzp w :związku z art. 515 ustl pkt l) lit. a) Pzp wnieśli odwołanie dotyczące czynności Zamawiającego, polegającej na badaniu i ocenie ofert w postępowaniu, w tym:

1)zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców: Konsorcjum: NDI, Skanska S.A., Budimex S.A., Warbud S.A., Strabag sp. z o.o., Hochtief Polska S.A., pomimo, że oferty ww. wykonawców zawierają błąd w obliczeniu ceny z uwagi na zastosowanie do obliczenia ceny, w zakresie pozycji 3.2 Tabeli Podziału Ceny Ryczałtowej (TPCR), pozycja „Zieleń", niewłaściwej stawki podatku VAT w wysokości 8%,

2)błędnej oceny oferty Konsorcjum NDI w kryterium oceny ofert: „doświadczenie osób odpowiedzialnych za nadzór nad robotami budowlanymi": doświadczenie Koordynatora Wykonawcy/Kierownika Kontraktu/Dyrektora Kontraktu, doświadczenie Kierownika robót telekomunikacyjnych.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt. 10 Pzp w zw. z art. 41 ust. 1 i 2 w zw. z art. 146a pkt 1 ustawy VAT oraz w zw. z art. 16 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert: Konsorcjum: NDI, Skanska, Budimex, Warbud, Strabag, Hochtief Polska, pomimo, że oferty ww. wykonawców zawierają błąd w obliczeniu ceny z uwagi na zastosowanie do obliczenia ceny brutto, w zakresie pozycji 3.2 Tabeli Podziału Ceny Ryczałtowej (TPCR), pozycja „Zieleń", niewłaściwej stawki podatku VAT w wysokości 8%, podczas gdy przedmiotem zamówienia jest świadczenie kompleksowe, które powinno zostać objęte jednolitą stawką VAT 23%, a tym samym, oferty ww. wykonawców zawierają błąd w obliczeniu ceny, a Zamawiający akceptując te oferty naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

2. art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („uznk"), poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez: Konsorcjum NDI,Skanska, Budimex, Warbud, Strabag, Hochtief Polską pomimo, że oferty ww. wykonawców zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk z uwagi na zastosowanie do obliczenia ceny brutto, w zakresie pozycji 3.2 Tabeli Podziału Ceny Ryczałtowej (TPCR), pozycja „Zieleń" stawki podatku VAT w wysokości 8%, podczas gdy przedmiotem zamówienia jest świadczenie kompleksowe, które powinno zostać objęte jednolitą stawką VAT 23%,

ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu opisanego w pkt. 1. lub pkt. 2 1.3 odwołania

- naruszenie art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pp w zw. z rozdziałem VIII pkt. 1 ppkt. 3) lit. b) SWZ, poprzez przyznanie ofercie Konsorcjum NDI w kryterium oceny ofert „doświadczenie osób odpowiedzialnych za nadzór nad robotami budowlanymi" maksymalnej liczby punktów (30 pkt.), podczas gdy:

a) z oferty Konsorcjum NDI - pkt. V pkt. 1 - doświadczenie p. M.M. — Koordynator Wykonawcy/ Kierownik Kontraktu/ Dyrektor Kontraktu, którego doświadczenie podlegało ocenie w podkryterium (D): (1) doświadczenie Koordynatora Wykonawcy/Kierownika Kontraktu/Dyrektora Kontraktu - wynika, że p. M.M. nie legitymuje się doświadczeniem polegającym na koordynowaniu wykonania trzech lub więcej robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal, budynków garaży) o wartości co najmniej 60.000.000 zł brutto każda(wartość całej umowy/kontraktu) — 5 pkt), ponieważ inwestycja opisana w poz. Budynek 2: Nazwa roboty budowlanej: *Budowa i wyposażenie zaplecza technicznego do obsługi taboru kolejowego, w tym dwukondygnacyjny budynek biurowy* nie spełnia kryteriów opisanych w rozdziale VIII pkt 1 ppkt 3) lit. b) pkt. 1 SWZ, a w konsekwencji wykonawca mógł otrzymać w tym podkryterium maksymalnie 2,5 pkt, a nie 5 pkt,

b) z oferty Konsorcjum NDI - pkt. V pkt. 6 - doświadczenie p. Ł.B. — Kierownik robót telekomunikacyjnych, którego doświadczenie podlegało ocenie w podkryterium (D): (6) doświadczenie Kierownika robót telekomunikacyjnych - wynika, że p. Ł.B. nie legitymuje się doświadczeniem polegającym na pełnieniu funkcji kierownika robót telekomunikacyjnych przy trzech lub więcej robotach budowlanych polegających na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal, budynków garaży) o wartości co najmniej 60.000.000 zł brutto każda (wartość całej umowy/kontraktu) — 5 pkt, ponieważ: b l) inwestycja opisana w pozycji Budynek 2: Nazwa roboty budowlanej: *Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską — Część I w tym budynek Kapitanatu* oraz b2) inwestycja opisana w pozycji Budynek 3: Nazwa roboty budowlanej: *Zaprojektowanie i budowa nowego nabrzeża z przyległymi placami składowymi na terenie Portu Gdańsk w tym budynek administracyjno-socjalny* nie spełniają kryteriów opisanych w rozdziale VIII pkt 1 ppkt 3) lit. b) pkt. 6) SWZ, a w konsekwencji wykonawca mógł otrzymać w tym podkryterium maksymalnie 0 pkt, a nie 5 pkt, a w konsekwencji Konsorcjum NDI powinno otrzymać w kryterium „doświadczenie osób odpowiedzialnych za nadzór nad robotami budowlanymi" maksymalnie 22,5 pkt, a nie 30 pkt.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości; dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów opisanych w treści odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie; nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 25 lipca 2023 r. wyboru oferty najkorzystniejszej; nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia czynności ponownego badania i oceny ofert, w tym

odrzucenia ofert złożonych przez: Konsorcjum: NDI, Skanska, Budimex, Warbud, Strabag, Hochtief Polska, pomimo, że oferty ww. wykonawców zawierają błąd w obliczeniu ceny lub stanowią czyny nieuczciwej konkurenci z uwagi na zastosowanie dla obliczenia ceny, w zakresie pozycji 3.2 Tabeli Podziału Ceny Ryczałtowej (TPCR) pozycja „Zieleń" niewłaściwej stawki podatku VAT w wysokości 8%;
ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu opisanego w pkt. 1 lub pkt. 2.2) odwołania - nakazanie Zamawiającemu przyznania Konsorcjum NDI w podkryterium oceny ofert „doświadczenie Koordynatora Wykonawcy/Kierownika KontraktuDyrektora Kontraktu" 2,5 pkt zamiast 5 pkt; nakazanie Zamawiającemu przyznania Konsorcjum NDI w podkryterium oceny ofert „doświadczenie kierownika robót telekomunikacyjnych" 0 pkt zamiast 5 pkt. 5.

Odwołujący wniósł także o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że co prawda oferta Odwołującego została sklasyfikowana najwyżej w rankingu ofert oraz została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu, jednak w przypadku wniesienia odwołania przez innych uczestników postępowania, którzy mogą kwestionować wybór oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, może (choć w ocenie Odwołującego nie ma ku temu podstaw) skutkować ponowną oceną ofert w postępowaniu. Jeśli więc Odwołujący nie wniósłby odwołania, a Zamawiający powtórzyłby czynności związane z badaniem i oceną ofert oraz wyborem oferty najkorzystniejszej, to po ponownej ocenie ofert wniesienie odwołania przez Odwołującego mogłoby zostać uznane za spóźnione. Jednocześnie, interes Odwołującego materializuje się w tym, że ma on prawo żądać przeprowadzenia badania i oceny ofert przez Zamawiającego zgodnie z przepisami Pzp oraz warunkami zamówienia określonymi w SWZ. W ocenie Odwołującego, Zamawiający, dokonując badania i oceny ofert, naruszył zarówno przepisy Pzp, jak i warunki zamówienia, co znajduje wyraz w zarzutach odwołania. W konsekwencji powyższego, interes Odwołującego we wniesieniu odwołania polega na uzasadnionym żądaniu przeprowadzenia badania i oceny ofert zgodnie z przepisami prawa oraz warunkami zamówienia, w sposób gwarantujący zachowanie równego traktowania wykonawców, zasady uczciwej konkurencji oraz przejrzystości.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest budowa budynku dla Sądu Rejonowego w Legionowie i Prokuratury Rejonowej w Legionowie przy ul. Jana III Sobieskiego 47 i 47A z koniecznymi rozbiórkami wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą. Przedmiotowa inwestycja polega na realizacji koniecznych rozbiórek, etapowaniu ich w taki sposób, aby obecnie istniejący budynek Sądu mógł funkcjonować do czasu zakończenia budowy nowych budynków, budowie nowego budynku dla Sądu Rejonowego w Legionowie i Prokuratury Rejonowej w Legionowie, wykonaniu stacji transformatorowej, wykonaniu chodników, dojazdów, śmietników, miejsc postojowych itp. (Rozdział III pkt. 1 SWZ).

Podstawą do wykonania zamówienia jest OPZ oraz dokumentacja projektowa: projekt budowlany (SWZ Załącznik 1 OPZ Załącznik 2_projekt budowlany) i projekt wykonawczy SWZ Załącznik 1 OPZ Załącznik 3_projekty_wykonawcze oraz Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót (STWiORB) (SWZ Załącznik 1 OPZ Załącznik 5 STWIORB).

Zgodnie z rozdziałem VI SWZ [Opis sposobu obliczenia ceny], wykonawcy byli zobowiązani podać w Formularzu oferty cenę ofertową brutto, która stanowiła sumę:

1) (Cog) - ceny ofertowej brutto za roboty gwarantowane i była obliczana w Tabeli Podziału Ceny Ryczałtowej (TCPR), który stanowi załącznik do oferty;

2) (Coop) - ceny ofertowej brutto za roboty stanowiące zamówienie opcjonalne (zabezpieczenie wykopu i pompowanie wód gruntowych) obliczona w Tabeli Cen Jednostkowych dla Prawa Opcji (TCJPO), który stanowił załącznik do oferty.

W pkt. 3 Rozdziału VI SWZ oraz w § 8 pkt. 52. Definicja Wynagrodzenia oraz 18 projektu umowy, Zamawiający zaznaczył, że cena ma charakter ryczałtowy, tj. wynagrodzenie ryczałtowe dla robót gwarantowanych będzie niezmienne przez cały okres realizacji przedmiotu zamówienia (z zastrzeżeniem dopuszczalności zmiany wynagrodzenia przewidzianego Umową) i obejmuje wszystkie świadczenia konieczne do wykonania przedmiotu Umowy (zamówienia) zgodnego ze Specyfikacją Warunków Zamówienia, Opisem przedmiotu zamówienia, Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, dokumentacją projektową, Umową, przepisami techniczno-budowlanymi, zasadami wiedzy technicznej.

W Tabeli Podziału Ceny Ryczałtowej (TCPR) Zamawiający wymagał rozbicia ceny na cenę brutto i netto dla poszczególnych zakresów prac. Zamawiający nie wskazał w postępowaniu, jaką stawkę VAT należy zastosować dla obliczenia ceny brutto, czy to całości robót czy też poszczególnych prac. Co więcej, w odpowiedzi na pytanie nr 378 Zamawiający wyjaśnił, że ustalenie i stosowanie właściwej stawki VAT jest obowiązkiem podatnika VAT będącego sprzedawcą towarów czy usług.

W postępowaniu oferty złożyło ośmiu wykonawców: Odwołujący, PORR S.A., Konsorcjum NDI, Skanska S.A.

Budimex S.A., Warbud S.A., Strabag sp. z o.o., Hochtief Polska S.A. Odwołujący oraz wykonawca PORR S.A., dl ustalenia ceny brutto zastosowali jednolitą stawkę podatku VAT w wysokości 23%. Pozostali wykonawcy dla ustalenia ceny brutto zastosowali stawki mieszane, tj. 8% VAT dla pozycji 3.2 Tabeli Podziału Ceny Ryczałtowej (TCPR) — Zieleń oraz stawkę 23% dla pozostałych prac.

W związku z rozbieżnością pomiędzy zastosowanymi stawkami podatku VAT Zamawiający zwrócił się do wszystkich wykonawców o udzielenie wyjaśnień, pismem z dnia 7 czerwca 2023 r.

Wyjaśnienia złożyli wszyscy wykonawcy, poza wykonawcą Hochtief Polska sp. z o.o. oraz wykonawcą Strabag sp. z o.o.

W dniu 25 lipca 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Jednocześnie, Zamawiający nie odrzucił żadnej z ofert i przedstawił wyniki badania i oceny ofert w kryteriach oceny, w tym również w kryterium poza cenowym: „doświadczenie osób odpowiedzialnych za nadzór nad robotami budowlanymi", w tym przyznał Konsorcjum NDI maksymalną liczbę punktów w tym kryterium (30 pkt).

ZARZUT BŁĘDU W OBLICZENIU CENY (BŁĘDNA STAWKA VAT) - niewłaściwa stawka podatku VAT, jako błąd obliczeniu ceny.

Jak wynika ze stanu faktycznego sprawy 6 na 8 wykonawców do wyceny przedmiotu zamówienia zastosowało mieszaną stawkę VAT, tj. 8% dla pozycji 3.2 TCRP „Zieleń" oraz stawkę VAT 23% dla pozostałych robót, podczas gdy dla obliczenia ceny brutto całego zamówienia powinna znaleźć zastosowanie stawka VAT 23%.

Stosownie do treści art. 226 ust. 1 pkt 20 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Zgodnie z ugruntowaną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej, zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, który obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT właściwej dla przedmiotu zamówienia, zostawiając wykonawcom określenie jej wysokości. Taka sytuacja zachodzi w tym postępowaniu, ponieważ Zamawiający nie wskazał, jakie stawki podatku VAT winny znaleźć zastosowanie do obliczenia ceny brutto oferty. W odpowiedzi na pytanie nr 378, w którym jeden z wykonawców prosił o określenie jakie stawki VAT należy przyjąć do oferty dla pozycji 1-5 oraz pozycji 3.2 Tabeli Podziału ceny ryczałtowej (TPCR) (Zieleń), Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: *„Zamawiający wyjaśnia, iż ustalenie i stosowanie właściwej stawki VAT jest obowiązkiem podatnika VAT będącego sprzedawcą towarów czy usług. Ustalenie i stosowanie właściwej stawki VAT jest więc w tym przypadku obowiązkiem Wykonawcy. Przywołany art. 225 ustawy dotyczy szczególnej sytuacji, w której obowiązek podatkowy obciąża Zamawiającego, niemniej jednak również i w takiej sytuacji ustawodawca nałożył na Wykonawcę wprost obowiązek wskazania w ofercie stawki podatku VAT (vide art. 225 ust. 2 pkt. 4 ustawy). Z kolei przywołany w treści pytania wyrok KIO dotyczy wyłącznie ww. sytuacji szczególnej, w której płatnikiem VAT jest Zamawiający, a tym samym choć to Wykonawca zobowiązany jest wskazać właściwą stawkę podatku VAT w ofercie, to Zamawiającego — jako płatnika tego podatku w tym szczególnym przypadku obciążać będzie ostateczne ustalenie jego wysokości, niezależnie od 'deklaracji w ofercie Wykonawcy*."

Co istotne, obowiązek weryfikacji zastosowanej przez wykonawców stawki podatku VAT w złożonych ofertach spoczywa na Zamawiającym, który obowiązany jest prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz w sposób zapewniający porównywalność ofert. Powyższe podejście zostało wielokrotne potwierdzone w orzecznictwie KIO, które prezentuje jednolity pogląd, iż przy wykonywaniu przez zamawiającego obowiązku zbadania czy oferty wykonawców nie zawierają błędów w obliczeniu ceny, ocenie zamawiającego musi także podlegać przyjęcie przez wykonawcę prawidłowej stawki podatku VAT, ponieważ podatek ten jest bez wątpienia elementem cenotwórczym. Odmienny wniosek musiałby prowadzić do niedającej się zaaprobować zgody na nieprzewidziane ustawą ograniczenie uprawnień zamawiającego, a w konsekwencji - uniemożliwienie mu rzetelnego zbadania przesłanki uzasadniającej wykonanie przez zamawiającego ustawowego obowiązku odrzucenia oferty. Stąd nie ulega wątpliwości, że zastosowanie przez wykonawcę błędnej stawki podatku VAT będzie skutkować odrzuceniem złożonej przez niego oferty. Co przy tym istotne, „błąd w przyjętej stawce podatku VAT jest błędem niepodlegającym poprawieniu i wywołującym skutek w postaci odrzucenia oferty wykonawcy".

Również w orzecznictwie Sądu Najwyższego, w tym w uchwale SN z dnia 20 października 2011 r. (sygn. akt: III CZP 52/11 oraz III CZP 53/11) odnosząc się do zastosowania niewłaściwej stawki VAT, SN stwierdził, że wskazanie w ofercie przez wykonawcę niższej, niż wynikająca z obowiązujących przepisów, stawki podatku VAT i w efekcie uzyskanie niższej ceny brutto, może doprowadzić do wyboru oferty takiego wykonawcy, jako oferty najkorzystniejszej. Nie budzi wątpliwości, że w takiej sytuacji doszłoby do naruszenia wynikającego z art. 7 Pzp obowiązku przestrzegania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dla dokonania oceny, czy dochodzi do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców niezbędne jest stosowanie kryteriów zobiektywizowanych i nie jest możliwa każdorazowo ocena wpływu wadliwej stawki podatku na warunki konkurencji w postępowaniu o zamówienie publiczne. Ponadto, w przypadku braku określenia przez zamawiającego stawki VAT w SIWZ, obowiązek zamawiającego musi ograniczyć się wyłącznie do oceny prawidłowości przyjętej w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT, która jako

element cenotwórczy ma niewątpliwie bezpośredni wpływ na ukształtowanie wysokości przedstawionej w ofercie ceny. W konsekwencji, jeżeli Zamawiający nie „narzucił" w danym postępowaniu stawki podatku VAT, która winna znaleźć zastosowanie, to winien każdorazowo badać, czy dany wykonawca zastosował do kalkulacji ceny stawkę VAT w prawidłowej wysokości. Przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT, będącej elementem cenotwórczym, jest zatem równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego niewątpliwie wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny. Innymi słowy, posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny i to bez względu na skalę czy matematyczny wymiar stwierdzonego uchybienia.

Ustawa VAT w art. 41 wskazuje wysokość podatku VAT w odniesieniu do towarów i usług. Co do zasady, zgodnie z art. 41 ust. 1 oraz art. 146aa ust. 1 pkt 1 Ustawy VAT, towary i usługi opodatkowane są stawką podstawową w wysokości 23%. Ustawa VAT w określonych przypadkach przewiduje możliwość zastosowania stawki obniżonej VAT, m.in. w wysokości 8%. Art. 41 ust. 2 Ustawy VAT (i powiązany z nim art. 146aa ust. 1 pkt 2 Ustawy VAT) wskazują, że *„dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, innych niż klasyfikowane według Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług w grupowaniu usługi związane z wyżywieniem (PKWiU 56), stawka podatku wynosi 7%, z zastrzeżeniem art. 114 ust. 1* ". Biorąc pod- uwagę zakres prac stanowiących przedmiot zamówienia, należy zwrócić zaś uwagę na punkt 52 załącznika nr 3 ustawy VAT („Załącznik"), który wskazuje, że stawką 8% objęte są Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni.

Niezależnie jednak od powyższego, nawet jeżeli przyjąć, że część zakresu prac obejmuje prace dotyczące zieleni, które mogą podlegać stawce VAT 8%, to w ocenie Odwołującego, z uwagi na to, że przedmiot zamówienia obejmuje świadczenie o charakterze kompleksowym, do obliczenia całkowitej ceny oferty brutto wykonawcy byli zobowiązani zastosować jednolitą stawkę podatku VAT w wysokości 23%.

Ustawa VAT nie definiuje pojęcia świadczenia kompleksowego. Rzecz ma się podobnie na gruncie prawa unijnego — Dyrektywa 2006/112/WE z dnia 28 listopada 2006 r. także nie zawiera tego pojęcia. Dopiero praktyka orzecznicza Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej („T SUE") oraz orzecznictwo krajowe wypracowało rozumienie tego pojęcia, jako usług ściśle ze sobą powiązanych, obiektywnie oraz, z punktu widzenia odbiorcy, tworzących w aspekcie gospodarczym jedną całość, których rozdzielenie miałoby sztuczny charakter.

W orzecznictwie podkreśla się, że oceny, czy mamy do czynienia z usługą kompleksową, należy dokonywać w konkretnym przypadku, mając na uwadze charakter i zakres przedmiotu zamówienia. Jeśli wyodrębnienie usługi zasadniczej jest możliwe, wówczas możliwym jest także zastosowanie do wszystkich usług wchodzących w skład świadczenia złożonego tych samych zasad opodatkowania, tj. zasad właściwych dla usługi głównej. Istota świadczenia kompleksowego polega na tym, że jeśli kilka świadczeń pozostaje ze sobą w takim związku, że z ekonomicznego punktu widzenia tworzą całość, jedną czynność, to czynność ta nie powinna być rozdzielana w sposób sztuczny dla celów podatkowych. Innymi słowy, jeśli dwa lub większa liczba świadczeń jest ze sobą tak silnie związana, że gospodarczo tworzy *de facto* jedną całość, to taką grupę świadczeń należy traktować jako jedną całość, a zatem opodatkowywać według jednej stawki (nawet jeśli takie świadczenia spełniane oddzielnie opodatkowane byłyby innymi stawkami VAT). Orzecznictwo TSUE wypracowało zatem rozumienie pojęcia „świadczenia kompleksowego", jako usług ściśle ze sobą powiązanych, obiektywnie tworzących w aspekcie gospodarczym jedną całość, których rozdzielenie miałoby sztuczny charakter (wyrok TSUE z dnia 27.10.2005r w sprawie C-41/04). W wyroku z dnia 25.02.1999 r. w sprawie C-349/99 T SUE stwierdził, że usługę należy uznać za usługę pomocniczą w stosunku do usługi zasadniczej, jeżeli nie stanowi ona dla klienta celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej. W ramach świadczenia kompleksowego wyróżnia się zatem świadczenie główne (zasadnicze) i pomocnicze, które nie jest „głównym celem" nabywcy, a pełni jedynie rolę pomocniczą względem świadczenia głównego. W skład świadczenia kompleksowego nie mogą wchodzić świadczenia, które nie służą spełnieniu świadczenia głównego i mogą mieć samoistny, odrębny charakter. Przykładowo, TSUE w wyroku C-425/06 z dnia 21 lutego 2008 r. wskazuje, że: *„Niemniej, gdy czynność obejmuje kilka świadczeń, powstaje pytanie, czy należy ją uważać za jednolitą czynność czy też kilka odrębnych i niezależnych świadczeń, które należy oceniać oddzielnie. (…) każde świadczenie powinno być zwykle uznawane za odrębne i niezależne (…). Jednakże w pewnych okolicznościach formalnie odrębne świadczenia, które mogą być wykonywane oddzielnie, a zatem, odpowiednio, prowadzić do opodatkowania lub zwolnienia, należy uważać za jednolitą czynność, gdy nie są niezależne. Jest tak na przykład, gdy w ramach nawet czysto obiektywnej analizy stwierdza się, że jedno lub więcej świadczeń stanowi świadczenie główne oraz że jedno lub więcej świadczeń stanowi jedno lub więcej świadczeń pomocniczych dzielących los prawny świadczenia głównego (…). W szczególności świadczenie należy uważać za świadczenie pomocnicze w stosunku do świadczenia głównego, gdy dla klientów nie stanowi ono celu samego w sobie, lecz środek do korzystania na jak najlepszych warunkach z głównej usługi usługodawcy (…). Można również uznać, że jednolite świadczenie występuje w przypadku, gdy dwa lub więcej elementów albo dwie lub więcej czynności,*

dokonane przez podatnika, są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie tylko jedno niepodzielne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny (…)". Dla celów opodatkowania podatkiem VAT nie można również pomijać znaczenia gospodarczego danego świadczenia, oceniać tylko na podstawie kryteriów obiektywnych, należy brać również pod uwagę zgodny zamiar i wolę stron danej umowy oraz perspektywę nabywcy. Dla oceny kompleksowości świadczenia bardzo istotny jest „ekonomiczny punkt widzenia" oraz jego ocena z perspektywy nabywcy. Jeżeli z perspektywy nabywcy oraz z ekonomicznego punktu widzenia wynika, że mamy do czynienia z jednym świadczeniem, wówczas wszystkie czynności wchodzące w zakres tego świadczenia, nawet gdyby w innych okolicznościach mogły być samodzielnie świadczone, są częścią jednej, niepodzielnej transakcji. W takiej sytuacji podział takiej transakcji na jej części składowe i opodatkowanie VAT każdej z tych części składowych osobno, jest podziałem sztucznym, a więc niedozwolonym.

W oparciu o tezy wyrażane w orzecznictwie, można zatem stwierdzić, że z usługą kompleksową mamy do czynienia jeśli:

1) istnieje możliwość wyodrębnienia usługi głównej i usług pomocniczych, a usługi pomocnicze nie mają odrębnego (niezależnego) i samodzielnego charakteru w stosunku do usługi głównej,

2) usługi pomocnicze są niezbędnym elementem całości świadczenia, niezbędne do wykonania usługi kompleksowej i pozostają z nią w ścisłym związku,

3) poszczególne usługi nie są celem samym w sobie - odbiorcy zależy nia spełnieniu jednego celu gospodarczego, innymi słowy oceniając charakter świadczenia z perspektywy potrzeb (celu) nabywcy możliwe jest stwierdzenie, że nabywca nabywa świadczenie kompleksowe, a nie pojedyncze usługi,

4) pomiędzy poszczególnymi usługami istnieje związek oraz występuje komplementarność poszczególnych czynności, tj. czynności są ze sobą tak ściśle powiązane, że ich rozdzielenie miałoby charakter sztuczny.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z dokumentacją postępowania, w tym w szczególności OPZ oraz dokumentacją projektową: projekt budowlany (SWZ Załącznik 1 OPZ Zalacznik_2_projekt budowlany), projekt wykonawczy (SWZ Załącznik 1 OPZ Załącznik 3 _projekty wykonawcze), oraz Specyfikacje TechniczneWykonania i Odbioru Robót (STWiORB) (SWZ Załącznik 1 OPZ Załącznik 5 STWiORB) oraz projektem umowy (PPU Załącznik n do SWZ), przedmiotem zamówienia jest wykonanie kompleksowych robót budowlanych. Wykonanie przedmiotu zamówienia wymaga wykonania szeregu świadczeń oraz zakresów robót, w tym wykonania robót wielobranżowych (opisanych w projekcie budowlanym i projekcie wykonawczym oraz w STWiORB), w tym w branży budowlanej (architektura i konstrukcja), branży elektrycznej, sanitarnej, oraz zagospodarowania terenu, w tym wykonanie prac związanych z zagospodarowaniem terenu - objętych pozycją Zieleń, oraz uzyskania wszelkich niezbędnych uzgodnień i decyzji. W konsekwencji, w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, prace w zakresie zieleni są niesamodzielnym świadczeniem o charakterze pomocniczym w stosunku do świadczenia głównego. O pomocniczym charakterze prac dotyczących zieleni świadczy również ich wartość, która jest znikoma w stosunku do wartości całego przedmiotu zamówienia. Co jednak istotne, z punktu widzenia celu nabywcy (tutaj: Zamawiającego) wykonanie robót w poszczególnych branżach nie jest celem w samym w sobie, ale służy wykonaniu przedmiotu zamówienia, jako całości. Realną wartość ekonomiczną dla Zamawiającego będzie zatem stanowić wyłącznie wykonanie całości zamówienia. Powyższe znajduje potwierdzenie w rozdziale II pkt. 3 ppkt. 2) SWZ (Podział zamówienia na części) gdzie Zamawiający podkreślił, że: „*Zamawiający nie przewiduje możliwości podziału na części z uwagi na charakter przedmiotu zamówienia, ponieważ ze względów technicznych i organizacyjnych tworzy nierozerwalną całość. Przedmiot zamówienia opisany został wielobranżową dokumentacją projektową, przewidującą realizację robót, w tym procesów zasadniczych i pomocniczych składających się na cały proces budowlany, w wyniku którego wytworzony zostanie, spójny funkcjonalnie i technicznie efekt w postaci budynku Sądu Rejonowego i Prokuratury Rejonowej w Legionowie. Ponadto roboty budowlane opisane dokumentacją projektową stanowią zespół technologicznie powiązanych ze sobą procesów dokonywanych na placu budowy, których ostatecznym celem jest wytworzenie spójnej wewnętrznej struktury konstrukcji oraz nadanie jednolitej formy, która razem spełnia wymagane własności użytkowe. (...) Nieuzasadnionym jest również udzielenie zamówienia na części z przyczyn- gwarancyjnych, w szczególności w przypadku wspólnych dla budynków robót budowlanych (np. zagospodarowanie terenu).*" Podobnie, w projekcie umowy § 1 pkt 10, w którym zdefiniowano pojęcie „Inwestycji" Zamawiający wskazuje, że pojęcie to oznacza: *Inwestycja - Kompleksowe wykonanie kompletnych pod każdym względem robót budowlanych budynku dla Sądu Rejonowego w Legionowie i Prokuratury Rejonowej w Legionowie przy ul. Jana III Sobieskiego 47 i 47A wraz z koniecznymi rozbiórkami oraz z zagospodarowaniem terenu, niezbędną infrastrukturą i uzyskaniem w imieniu i na rzecz Zamawiającego ostatecznych decyzji administracyjnych o pozwoleniu na użytkowanie obiektów budowlanych*.

Kompleksowy charakter świadczenia potwierdza również to, że:

a) wynagrodzenie przyjęte przez Zamawiającego, zgodnie z Rozdziałem VI pkt. 3 SWZ oraz §1 pkt. 52 i § 18 projektu umowy (Załącznik nr 6 do SWZ) Zamawiający ustalił wynagrodzenie o charakterze ryczałtowym z tytułu wykonania

całego przedmiotu zamówienia;
b) umowa nie przewiduje odrębnego trybu dla odbioru usług związanych z związanych z zagospodarowaniem i pielęgnacją zieleni (§ 17 projektu umowy,
c) umowa nie przewiduje wystawiania odrębnych faktur za roboty budowlane i za usługi związane z zagospodarowaniem i pielęgnacją zieleni (§18 projektu umowy).

Tym samym, biorąc pod uwagę charakter ekonomiczny omawianej transakcji mamy do czynienia z jednolitym gospodarczo, kompleksowym świadczeniem, polegającym na wykonaniu kompleksowych robót budowlanych i prac, których efektem ma być spójny funkcjonalnie i technicznie efekt w postaci budynku Sądu Rejonowego i Prokuratury Rejonowej w Legionowie (rozdział II pkt. 3 ppkt. 2) SWZ).

W świetle powyższych kryteriów, w zaistniałym stanie faktycznym, brak jest jakiegokolwiek elementu zamówienia, który powinien zostać wyodrębniony na gruncie podatkowym (w tym w szczególności, nie jest takim elementem wykonanie prac objętych poz. 3.2 TCRP - Zieleń). Wyodrębnienie takie nosiłoby bowiem cechy sztuczności i nie przedstawiałoby samo w sobie wartości dla Zamawiającego, w szczególności w świetle faktu, że Zamawiający nie jest zainteresowany nabyciem poszczególnych robót (świadczeń), a kompleksowych robót budowlanych, co wielokrotnie potwierdza zarówno w SWZ, jak i w treści postanowień umowy. Ostatecznie zaś do obowiązków wykonawcy należy również uzyskanie w imieniu Zamawiającego wszystkich decyzji i zezwoleń oraz innych dokumentów wydanych przez właściwe jednostki i organy, w zakresie wykonanych prac, oraz uzyskanie ostatecznej decyzji o pozwolenie na użytkowanie.

W świetle powyższego, cały przedmiot zamówienia powinien zostać opodatkowany stosownie do czynności podstawowej, tj. według stawki podatku VAT 23%. Zarówno interpretacje indywidualne oraz orzecznictwo KIO wydawane na przestrzeni lat potwierdzają słuszność stanowiska Odwołującego (wyrok KIO z 25 maja 2022 r. sygn. akt KIO 1232/22, wyrok KIO z 12 listopada 2019 r. sygn. akt KIO 2190/19, wyrok KIO z 14 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 261/17).

Z uwagi na powyższe, w ocenie Odwołującego, realizowane świadczenia są ze sobą ściśle związane i tworzą zarówno obiektywnie, jak i z perspektywy nabywcy (Zamawiającego), jedno nierozerwalne świadczenie gospodarcze. W konsekwencji, z perspektywy przepisów obowiązujących na gruncie VAT, dla ustalenia wartości brutto oferty zastosowanie winna znaleźć jednolita stawka podstawowa podatku VAT 23%. Zastosowanie zarówno stawki VAT 23% jak i 8% przez wykonawców stanowi błąd w obliczeniu ceny, a w konsekwencji ich oferty powinny podlegać odrzuceniu w oparciu o treść art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Ponadto, stosowanie stawki podstawowej 23% VAT ma charakter zasady ogólnej. Dlatego też wszelkie wyjątki od tej reguły powinny być Interpretowane w sposób ścisły, zgodnie z celami realizowanym przez dane odstępstwa, uwzględniając brzmienie danych przepisów wprowadzających takle odstępstwa oraz z uwzględnieniem powszechności opodatkowania VAT oraz zasady neutralności tego podatku dla przedsiębiorców. Powszechnym podejściem jest, że w sytuacji, gdy charakter świadczenia nie pozwala jednoznacznie stwierdzić, jaką stawką powinna zostać opodatkowana dana transakcja przyjmuje się obowiązek stosowania stawki w wymiarze podstawowym, a więc w polskim systemie podatkowym 23% stawki VAT. W związku z charakterem stawki podstawowej, jako zasady ogólnej, stawki obniżone (preferencyjne) i zwolnienia podatkowe mają charakter wyjątkowy i stanowią odstępstwo od generalnych zasad opodatkowania. W konsekwencji wszelkie okoliczności uzasadniające ich stosowanie winny być interpretowane w sposób ścisły. Tym samym mając na uwadze ogólnie przyjęte reguły wykładni przepisów prawa, w tym prawa podatkowego, niedopuszczalne jest stosowanie wykładni rozszerzającej w odniesieniu do wymienionych w ustawie wyjątków. Powyższą tezę potwierdza orzecznictwo TSUE oraz wyroki Naczelnego Sądu Administracyjnego (NSA) i Wojewódzkich Sądów Administracyjnych (WSA), jak również praktyka organów skarbowych. Odwołujący podkreślił, że orzeczenia TSUE są stosowane przez administracje podatkowe poszczególnych państw członkowskich UE, jak i samych podatników VAT (oraz odpowiednie krajowe sądy) w celu ujednolicenia stosowania prawa wynikającego z dyrektyw UE obowiązujących w zakresie VAT (w tym VI dyrektywy, a od 1 stycznia 2007 r. Dyrektywy 2006/112), z którymi zgodne co do zasady być powinny wewnętrzne regulacje poszczególnych krajów UE. Zgodnie z orzecznictwem TSUE, zwolnienia podatkowe przewidziane w Dyrektywie VAT należy traktować ściśle i precyzyjnie, gdyż stanowią wyjątek od generalnej zasady opodatkowania każdej dostawy towarów i świadczenia usług (co można *per analogia* odnieść do sytuacji klasyfikacji VAT, jak w omawianym przypadku). Trybunał wielokrotnie wypowiadał się na ten temat:

1) wyrok z dnia 19 lipca 2012 r. w sprawie C-44/11 Deutsche Bank AG, pkt 42 – „W tym względzie z utrwalonego orzecznictwa wynika, że określenia użyte do sformułowania zwolnień w art. 135 ust. 1 dyrektywy 2006/112 należy Interpretować ściśle, gdyż stanowią one wyjątki od ogólnej zasady, wedle której podatek VAT obciąża wszelkie usługi świadczone odpłatnie przez podatnika";

2) wyrok z dnia 28 lipca 2011 r. w sprawie C-350/10 w sprawie Nordea Pankki Suomi Oyj, pkt 23 „wyrażenia używane do oznaczenia zwolnień, o których mowa w art. 13 szóstej dyrektywy, powinny być Interpretowane w sposób ścisły, ponieważ zwolnienia te stanowią odstępstwa od ogólnej zasady, zgodnie z którą podatkiem VAT objęta jest każda

usługa świadczona odpłatnie przez podatnika";

3) wyrok z dnia 26 czerwca 2003 r. w sprawie C-305/01 r. MKG-Kraftfahrzeuge-Factoring GmbH, pkt 63 „wyrażenia użyte do sformułowania zwolnień przewidzianych w art. 13 Szóstej Dyrektywy powinny być Interpretowane dokładnie I ściśle, bowiem stanowią wyjątki od generalnej zasady, zgodnie z którą opodatkowaniu podlegają wszystkie usługi świadczone odpłatnie".

Podobne stanowisko reprezentują również polskie sądy administracyjne. Dla przykładu można wskazać poniższe orzeczenia NSA I WSA:

1) wyrok NSA z dnia 4 lipca 2017 r., sygn. akt: I FSK 2189/15, cyt.: „Jak słusznie zauważono w powołanych wyżej wyrokach NSA podejście takie jak reprezentowane przez Skarżącą stanowiłoby niedopuszczalną wykładnię rozszerzającą przepisu wprowadzającego preferencję podatkową, która jest szczególnym odstępstwem od opodatkowania podstawową stawką podatku. Zauważyć bowiem należy, Iż stosowanie obniżonych stawek podatku ma charakter wyjątkowy i nie podlega ani wykładni rozszerzającej, ani zawężającej, natomiast możliwość wychodzenia poza wykładnię literalną jest niedopuszczalna",

2) wyrok NSA z dnia 3 lutego 2017 r., sygn. akt: I FSK 567/15, cyt. „(„.) w odniesieniu do ulg, zwolnień, czy też stosowania obniżonych stawek podatku, nie powinno się stosować ani wykładni rozszerzającej, ani zawężającej, lecz należy prawidłowo zinterpretować przepisy z uwzględnieniem zasad dokonywania wykładni prawa."

ZARZUT DOTYCZĄCY CZYNU NIEUCZCIWEJ KONKURENCJI

Zastosowanie przez wykonawców obniżonej stawki podatku VAT 8% w przypadku gdy winien on zastosować stawkę podstawową 23% VAT może również zostać zakwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji. W sytuacji, gdy wysokość zastosowanej stawki wpływa na ustalenie ostatecznej ceny oferty (w tym przypadku obniżenie ceny brutto podlegającej ocenie w ramach kryteriów oceny ofert poprzez zastosowanie preferencyjnej stawki podatku VAT), niewątpliwie takie działanie wykonawcy, który zaniża cenę brutto nosi znamiona działania sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażającego lub naruszającego interes innego przedsiębiorcy lub klienta oraz działania utrudniającego dostęp do rynku oraz możliwość zbytu towarów i usług pozostałym wykonawcom zainteresowanym pozyskaniem zamówienia w rozumieniu przepisów UZNK i stanowi manipulację składnikiem oferty podlegającym ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. Artykuł 3 ust. 1 uznk, jako czyn nieuczciwej konkurencji kwalifikuje każde działanie, które jest sprzeczne z prawem (a więc normami stanowionymi) oraz z dobrymi obyczajami, pod warunkiem, iż zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przykładowe wyliczenie takich czynów zawiera art. 3 ust. 2 oraz art. 5-17 uznk, który stanowi katalog otwarty: „Czynem nieuczciwej konkurencji, jest każde zachowanie przedsiębiorcy, które narusza przepisy prawa (i to nie tylko ujęte w rozdziale drugim ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.)) lub dobre obyczaje przez co zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy lub klienta" (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 20.02. 2008r. sygn. akt I ACa 93/09. Natomiast w wyroku z dnia 9.10.2019 r. (sygn. akt: I NSK 61/18) Sąd Najwyższy uznał, że „wszystkie czyny zdefiniowane w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji są sprzeczne z dobrymi obyczajami. Ponadto, art. 3 ust. 1 u.z.n.k. pozwala uznać za czyny nieuczciwej konkurencji również inne zachowania przedsiębiorcy, nieobjęte przepisami tej ustawy, które są zabronione na gruncie innych ustaw lub sprzeczne z dobrymi obyczajami, jednocześnie naruszając interes przedsiębiorcy. Ustalenie dobrych obyczajów w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji następuje z uwzględnieniem celu ustawy, jakim jest zapewnienie równych i niezakłóconych warunków konkurencji". „Dobre obyczaje" to normy postępowania nie będące normami prawnymi, które jednak są niewątpliwie normami postępowania, podobnie jak „zasady współżycia społecznego" oraz „ustalone zwyczaje". Powinny ich przestrzegać osoby fizyczne oraz inne podmioty prowadzące działalność gospodarczą, przy czym nie chodzi tutaj o przestrzeganie dobrych obyczajów, jako abstrakcyjnych norm postępowania społecznego czy norm grzeczności, ale o zachowanie przedsiębiorców w działalności gospodarczej.

Podsumowując powyższe, za czyn nieuczciwej konkurencji może zostać uznane także działanie niestypizowane w ustawie pod warunkiem, iż spełnia przesłanki ogólnie określone w art} 3 tejże ustawy. Jak wskazuje się w orzecznictwie: pojęcie dobrych obyczajów jest wystarczającą przesłanką do zakwalifikowania działania przedsiębiorcy jako czynu nieuczciwej konkurencji niezależnie od tego, czy czyn stanowi działanie sprzeczne z prawem (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 stycznia 2008 r. sygn. akt II CK 4/07) oraz działanie stypizowane w art. 15 ust. 1 uznk, jako utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. O naruszeniu interesu innego przedsiębiorcy można mówić również wówczas, gdy na skutek działania konkurencyjnego podjętego przez innego przedsiębiorcę nastąpi pogorszenie możliwości zakupu lub zbytu potrzebnych mu lub zbywanych przez niego dóbr lub usług. Innymi słowy, owo naruszenie może przejawić się (tak jak w zaistniałym stanie faktycznym) w utrudnieniu pozyskania zamówienia, w sytuacji gdy wszyscy wykonawcy powinni zastosować do obliczenia ceny jednolitą stawkę podatku VAT w wysokości 23%. (art. 15 ust. 1 uznk). W orzecznictwie KIO stwierdza się, iż działania dotyczące manipulacji składnikami oferty podlegającymi ocenie w ramach kryteriów oceny ofert noszą znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, co powinno skutkować

odrzuceniem oferty takiego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 7 Pzp (89 ust. 2 pkt 3 starego Pzp) (wyrok KIO z dnia 26 września 2012 r., sygn. KIO 1934/12,wyrok KIO z dnia 28 marca 2017 r. sygn. KIO 473/17).

Zastosowanie przez wykonawców stawki VAT w wysokości 23% i 8%, w sytuacji gdy świadczenie objęte przedmiotem zamówienia ma charakter kompleksowy, a wykonawcy byli zobowiązani zastosować jednolitą stawkę podatku w wysokości 23%, należy zakwalifikować jako działanie wypełniające znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji oferty wykonawców winny podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 7 Pzp.

ZARZUT DOTYCZĄCY OCENY OFERTY KONSORCJUM NDI

Zgodnie z rozdziałem VIII [Kryteria oceny oraz sposób oceny ofert] Zamawiający zastosował kryterium poza cenowe b) doświadczenie osób odpowiedzialnych za nadzór nad robotami budowlanymi (waga kryterium — 30 %). Na podstawie informacji dotyczących doświadczenia personelu przedstawionych w formularzu oferty, Zamawiający oceniał m.in. doświadczenie (1) Koordynatora Wykonawcy/Kierownika Kontraktu/Dyrektora Kontraktu oraz (6) Kierownika robót telekomunikacyjnych wchodzących w skład personelu wykonawcy, przy czym za doświadczenie każdej z ww. osób, odpowiadające warunkom opisanym w kryterium oceny, każda z osób mogła uzyskać: 0 pkt. (1 zadanie), 2,5 pkt. (2 zadania), 5 pkt. (2 zadania).

(1) Doświadczenie p. M.M. — Koordynator Wykonawcy

Ocenie w ramach ww. kryterium podlegało m.in. doświadczenie Koordynatora Wykonawcy/Kierownika Kontraktu/Dyrektora Kontraktu (rozdział VIII pkt. pkt. 1) ppkt. 3) lit. b) pkt. 1). Koordynator powinien wykazać się doświadczeniem w koordynowaniu wykonania jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej, przy czym Zamawiający wprost wyłączył możliwość powoływania się na doświadczenie związane z budową hal.

W formularzu ofertowym Konsorcjum NDI przedstawiło doświadczenie p. M.M. — (Koordynator Wykonawcy/Kierownik Kontraktu/Dyrektor Kontraktu), które obejmowało trzy budynki, w tym inwestycję pn.*Budowa i wyposażenie zaplecza technicznego do obsługi taboru kolejowego, w tym dwukondygnacyjny budynek biurowy.* Obiekt został zrealizowany w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Zaprojektowanie i budowa Zaplecza Technicznego w ramach projektu „Budowa i wyposażenie zaplecza technicznego do obsługi taboru kolejowego" nr postępowania KMDL/251/2/2019 prowadzonego przez „Koleje Małopolskie" sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. Jak wynika z dokumentacji przetargowej, obiekt ten stanowi „halę", co potwierdza:

1) Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia:

a) Rozdział IV [Opis przedmiotu zamówienia] pkt. 2: Zamówienie obejmuje zaprojektowanie i budowę zaplecza technicznego (hala przeglądowo-naprawcza, wyposażenie, myjnia taboru, magazyn, zaplecze socjalne, warsztat oraz niezbędna infrastruktura i zagospodarowanie. terenu na stacji Kraków Towarowy.

b) Rozdział IV [Opis przedmiotu zamówienia] pkt. 3.2: zakres robót budowlanych: a. budowa hali napraw z częścią biurowo - socjalną i warsztatowo magazynową oraz myjni taboru; budynek hali w części biurowo - socjalnej ma być dwukondygnacyjny, wyposażony w windę osobową c) Rozdział XIV [Opis sposobu obliczenia ceny oferty] pkt. 9: 9. Cena za wykonanie Zamówienia powinna uwzględniać wszystkie możliwe koszty bezpośrednie i pośrednie, w tym koszt dokumentacji projektowej, koszty wszelkich uzgodnień pozwoleń, koszt budowy obiektu hali przeglądowo-naprawczej wraz z infrastrukturą (…) Dowód: Wyciąg z SIWZ dla inwestycji Zaprojektowanie i budowa zaplecza technicznego (Załącznik nr 8).

Podobnie, z formularza rozbicia ceny ofertowej (Załącznik nr 3 do SIWZ) wynika, że budowa dotyczyła „hali", a nie budynku: Dowód: Formularz Rozbicia Ceny Ofertowej dla inwestycji Zaprojektowanie i budowa zaplecza technicznego (Załącznik nr 9).

Również w Programie Funkcjonalno-Użytkowym (PFU) dla tej inwestycji wskazuje się jednoznacznie, że przedmiotem zamówienia było zaprojektowanie i budowa HALI:

1)1. Opis ogólny przedmiotu zamówienia — 1.1.1.2 Orientacyjne parametry określające wielkość obiektu budowlanego W części przeznaczonej dla budowy zaplecza technicznego dla taboru kolejowego Kolei Małopolskich na stacji Kraków Towarowy Wykonawca zobowiązany jest do wykonania hali technicznej z częścią magazynową i socjalną. Hala ta usytuowana będzie na przewidzianych do budowy 3 torach stacyjnych. Wymiary zewnętrzne hali technicznej wraz z częścią biurowo-socjalną, warsztatową i magazynową: =35,65 m x 140,60 m. Stropodach z płyt warstwowych, ściany zewnętrzne z płyt warstwowych oraz murowane. Fundamenty żelbetowe.

2) pkt. 1.1.6 Sieci sanitarne —1.1.6.1 Zaopatrzenie w wodę Woda pobierana będzie na cele bytowe tj. na potrzeby sanitarne pracowników, do napełniania zbiorników wody toalet w składach zespolonych, utrzymania czystości w pomieszczeniach hali oraz na cele przemysłowe tj. mycia składów zespolonych, oraz na cele p.pož.

3) pkt. 1.1.1.4 Wyposażenie budynku hali w instalacje sanitarne 4) pkt. 1.1.1.7 Teletechnika W zakres wchodzi również wykonanie przyłącza telekomunikacyjnego do budynku hali włączenie w sieć telekomunikacyjną operatora zewnętrznego. 5) Pkt. 1.3. Ogólne właściwości funkcjonalno-użytkowe pkt. 1.3. I Obiekty kubaturowe Wymiary hali

technicznej wraz z częścią socjalno - biurową, magazynową, warsztatową należy dostosować do projektowanej technologii. Wszelkie zmiany wymagają akceptacji Zamawiającego. (. . .) Zaplanowano budynek hali jednokondygnacyjny niepodpiwniczony, w części warsztatowej, natomiast w części socjalnobiurowej - dwukondygnacyjny niepodpiwniczony, wyposażony w windę osobową. Pomieszczenia socjalne: jadalnia, szatnie, umywalnie, toalety (w tym: toaleta dla osób niepełnosprawnych). 6) 1.4 Szczegółowe właściwości funkcjonalno- użytkowe 1.4.1 Obiekty kubaturowe Hala techniczna wraz z częścią socjalno - biurową, magazynową, warsztatową usytuowana będzie na zlikwidowanych 4 torach stacyjnych. Planowane wymiary zewnętrzne: hala główna (cześć A) posiada wymiary w rzucie ok. 140,60 x 35,65 m Cześć B magazynowo warsztatową (na parterze hali) wraz z częścią biurowo - socjalną (na piętrze) posiada wymiary w rzucie ok. 84,45m x 7,56 m. Dodatkowo planuje się pomieszczenia przeznaczone na stację transformatorową - część C - o wymiarach zewnętrznych ok. 3,64 x 9,34 m. Dowód: Wyciąg z PFU dla inwestycji Zaprojektowanie i budowa zaplecza technicznego (Załącznik nr 10).

Przywołane powyżej postanowienia PFU mają wyłącznie charakter przykładowy, a w zasadzie w każdej części PFU dotyczącej każdej z branż (konstrukcja, instalacje sanitarne, instalacje elektryczne, część drogowa itd.) mowa jest o hali. Z powyższego wprost wynika, że „dwukondygnacyjny budynek biurowy", o którym mowa w opisie doświadczenia p. M.M. — Budynek nr 2 w Formularzu Oferty Konsorcjum NDI, to tak naprawdę „hala" obejmująca część warsztatową oraz socjalno-biurową, a nie budynek biurowy. W konsekwencji, należy uznać, że doświadczenie p. M.M. opisane jako Budynek 2 Budowa i wyposażenie zaplecza technicznego do obsługi taboru kolejowego, w tym dwukondygnacyjny budynek biurowy w pkt. V Formularza oferty Konsorcjum NDI nie pozwala na spełnienie wymagań opisanych w kryterium oceny ofert, ponieważ Zamawiający wprost wyłączył możliwość powoływania się na doświadczenie dotyczące budowy hal. Powyższe oznacza, że Konsorcjum NDI powinno otrzymać w podkryterium „doświadczenie Koordynatora Wykonawcy/Kierownika Kontraktu/Dyrektora Kontraktu" nie 5 pkt, ale 2,5 pkt.

(2) Doświadczenie p. Ł.B. — Kierownik robót telekomunikacyjnych

Ocenie w ramach ww. kryterium podlegało m.in. doświadczenie Kierownika robót telekomunikacyjnych (rozdział VIII pkt. pkt. 1) ppkt. 3) lit. b) pkt. 6). Zgodnie z opisem kryterium, Zamawiający premiował ocenę punktową doświadczenie dotyczące nadzorowania robót polegających na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal, budynków garaży) o wartości co najmniej 60.000.000 zł brutto każda (wartość całej umowy/kontraktu). Na końcu opisu kryterium zostało umieszczone sformułowania „(wartość całej umowy/ kontraktu)", niemniej jednak sam opis kryterium referuje do doświadczenia dotyczącego robót polegających na budowie lub przebudowie budynku o wymaganej wartości minimalnej 60.000.000 zł brutto. Powiązanie wartości robót dotyczących budynku z wartością całej umowy/kontraktu pozwala zachować sens tego kryterium wyłącznie w przypadku, gdy zasadnicza część umowy/ kontraktu odnosiła się do budowy budynku użyteczności publicznej lub gdy taka umowa obejmowała budowę budynku o minimalnej wartości 60.000.000 zł brutto. Taka interpretacja kryterium oceny ofert ma swoje uzasadnienie również w świetle przepisu art. 241 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym, kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Skoro zatem przedmiotem zamówienia jest budowa budynku użyteczności publicznej (sądu i prokuratury), którego wartość Zamawiający oszacował na ponad 122.000.000 zł brutto (szacunkowa wartość zamówienia), to powiązane z przedmiotem zamówienia jest premiowanie przez Zamawiającego tylko takiego doświadczenia, które zostało nabyte przy wykonaniu robót budowlanych dotyczących budowy lub przebudowy budynku o porównywalnej skali - ustalonej przez Zamawiającego w opisie kryterium na kwotę 60.000.000 zł brutto. Należy racjonalnie założyć, że intencją Zamawiającego nie było premiowanie, w ramach kryteriów oceny ofert, o tak znaczącej wadze (30%), jakiegokolwiek doświadczenia dotyczącego co prawda umowy, której wartość przekraczała 60.000.000 zł brutto, ale której zasadniczy przedmiot nie dotyczył budowy lub przebudowy budynku użyteczności publicznej o wymaganej wartości 60.000.000 zł brutto. Odmienna interpretacja opisu kryterium prowadziłaby do wniosku, że wykonawca może wykazać doświadczenie personelu obejmujące realizację umowy/ kontraktu o wartości przekraczającej 60.000.000 zł, w ramach którego wykonano co prawda budynek użyteczności publicznej, ale jego wartość znacząco odbiega od wartości minimalnej określonej przez Zamawiającego lub gdy zasadniczy cel inwestycji nie obejmował budowy budynku użyteczności publicznej.

Z powyższą sytuacją mamy do czynienia w przypadku doświadczenia p. Ł.B. — Kierownika robót telekomunikacyjnych, wykazanego w formularzu oferty Konsorcjum NDI. W formularzu wskazano na trzy doświadczenia (3 budynki), przy czym wartość robót dotyczących tych budynków jest znacząco niższa niż wymagane 60.000.000 mln zł. Pierwsza z inwestycji obejmuje Budynek nr 2: budynek Kapitanatu portu, który został zrealizowany ramach inwestycji pn. Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską — część 1. Jak wynika z informacji uzyskanych od inwestora — Urzędu Morskiego w Gdyni: wartość robót budowlanych związanych z budową budynku kapitanatu wynosiła zaledwie 12 969 460,65 zł brutto. Dowód: Pismo inwestora — UM w Gdyni - informacja dot. wartości budynkukapitanatu (Załącznik nr 11). W związku z opisem kryterium, w którym Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w nadzorowaniu robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie budynku o wartości min. 60 000 000 zł

brutto, wartość robót dla budynku Kapitanatu (niespełna 13 mln zł brutto) jest dalece niewystarczająca, aby uznać kryterium za spełnione. Analogiczna sytuacja występuje w przypadku doświadczenia dotyczące Budynku nr 3: Zaprojektowanie i budowa nowego nabrzeża z przyległymi placami składowymi na terenie Portu Gdańsk w tym budynek administracyjno-socjalny. Głównym przedmiotem ww. inwestycji była budowa nabrzeża portowego i placów składowych w Terminalu Kontenerowym, którego operatorem jest spółka DCT Gdańsk S.A., a nie budowa budynku. Z ogólnie dostępnych informacji wynika, że w ramach projektu na czynnym terminalu TI przy zapewnieniu niezakłóconej działalności sąsiadującej z warsztatem, terminalowej bocznicy kolejowej oraz stacji paliw, do istniejącego warsztatu obsługującego sprzęt terminalowy dobudowano 3-kondygnacyjny budynek o funkcji biurowo-socjalnej o powierzchni zabudowy 495 m2. Dowód: Informacja na temat inwestycji DCT Gdańsk (Załącznik nr 12). Na podstawie powierzchni zabudowy (495 m2), liczby kondygnacji (3) oraz średnich wskaźników cen publikowanych przez Sekocenbud można ustalić szacunkową wartość budynku:

a) konstrukcja budynków biurowo-socjalnych niepodpiwniczonych powyżej 1 do 4 kondygnacji (3.232.66): 3 (kondygnacje) * 495m2 (powierzchnia zabudowy) - 3 250 zł/m2 p.nl (cena średnia za m2)= 4 826 250,00 zł netto

b) Instalacje i urządzenia techniczne w budynkach biurowych (4.230.00): 3 (kondygnacje) * 495m2 (powierzchnia zabudowy) - 1 120 zł/m2 p.n. (cena średnia za m2) 1 663 200,00 zł

Razem (a) + (b): 6 489 450,00 zł netto / 7 982 023,50 zł brutto.

Podobnie, jak w przypadku Budynku nr 2 wartość robót budowlanych dla Budynku nr 3 znacząco odbiega od minimalnej wartości robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o wartości co najmniej 60 000 000 zł brutto. Z tego względu, również doświadczenie dotyczące Budynku nr 3 nie powinno podlegać ocenie w kryterium oceny ofert.

Podsumowując powyższe należy uznać, że Konsorcjum NDI w podkryterium 6) doświadczenie Kierownika robót telekomunikacyjnych wykazało doświadczenie p. Ł.B. w odniesieniu do wyłącznie jednego budynku (Budynek nr 1). W konsekwencji, Konsorcjum NDI powinno otrzymać w tym podkryterium nie 5 punktów, a 0 punktów. Konsorcjum NDI powinno otrzymać łącznie w kryterium oceny ofert „doświadczenie osób odpowiedzialnych za nadzór nad robotami budowlanymi" maksymalnie 22,5 punkty, a nie 30 punktów, tj. a) 2,5 punktu (zamiast 5 punktów) w „doświadczenie Koordynatora Wykonawcy/Kierownika Kontraktu/Dyrektora Kontraktu" (p. M.M.) — ponieważ, Konsorcjum NDI wykazało doświadczenie dotyczące wyłącznie dwóch budynków (Budynek nr 1 i Budynek nr 3); b) 0 punktów (zamiast 5 punktów) w podkryterium „doświadczenie Kierownika robót telekomunikacyjnych" (p. Ł.B.), — ponieważ, Konsorcjum NDI wykazało doświadczenie dotyczące wyłącznie jednego budynku (Budynek 1).

Odwołujący załączył do odwołania: Wyciąg z SIWZ dla inwestycji „Zaprojektowanie i budowa zaplecza technicznego" (HALA Kraków), Formularz Rozbicia Ceny Ofertowej dla inwestycji Zaprojektowanie i budowa zaplecza technicznego (HALA Kraków), Wyciąg z PFU dla inwestycji Zaprojektowanie i budowa zaplecza technicznego (HALA Kraków), Pismo inwestora — UM w Gdyni - informacja dot. wartości budynku kapitanatu, Informacja na temat inwestycji DCT Gdańsk.

Wykonawca Warbud S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2310/23 po stronie Zamawiającego.

Wykonawca Skanska S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2310/23 po stronie Zamawiającego.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum NDI zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 18 sierpnia Konsorcjum NDI przedstawiło swoje stanowisko w sprawie. Wraz z ww. pismem zostały złożone do akt sprawy następujące dokumenty:

6)Opinia doradcy podatkowego W.K. z dnia 11 sierpnia 2023r.

7)Projekt Wykonawczy Część 9 – Projekt Architektoniczno-Budowlany (dot. budowy zaplecza technicznego do obsługi taboru kolejowego na terenie stacji Kraków Towarowy

8)Projekt Budowlany Część 9 – Projekt Architektoniczno-Budowlany (dot. budowy zaplecza technicznego do obsługi taboru kolejowego na terenie stacji Kraków Towarowy

9)Rzut parteru 1:100 (Budowy zaplecza technicznego dla obsługi taboru kolejowego na stacji Kraków Towarowy)

10)Rzut piętra 1:100 (Budowy zaplecza technicznego dla obsługi taboru kolejowego na stacji Kraków Towarowy)

11)Przekrój 1:100 (Budowy zaplecza technicznego dla obsługi taboru kolejowego na stacji Kraków Towarowy)

Zamawiający, pismem z dnia 18 sierpnia 2023 r., złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie w części, tj. w zakresie: zarzutu wskazanego w pkt 1.3 lit. a) odwołania, tj. naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z rozdziałem VIII pkt 1 ppkt 3 lit. b SWZ, poprzez przyznanie ofercie Konsorcjum NDI w kryterium oceny ofert „doświadczenie osób odpowiedzialnych za nadzór nad robotami budowlanymi" maksymalnej

liczby punktów (30 pkt.) podczas gdy:

a)z oferty Konsorcjum ND] - pkt. V pkt. 1 - doświadczenie p. M.M. - Koordynator Wykonawcy/Kierownik Kontraktu/Dyrektor Kontraktu, którego doświadczenie podlegało ocenie w podkryterium (D):(1) doświadczenie Koordynatora Wykonawcy/Kierownika Kontraktu/ Dyrektora Kontraktu - wynika, że p. M.M. nie legitymuje się doświadczeniem polegającym na koordynowaniu wykonania trzech lub więcej robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal, budynków garaży) o wartości co najmniej 60.000.000 zł brutto każda (wartość całej umowy/kontraktu) - 5 pkt) ponieważ inwestycja opisana w poz. Budynek 2: Nazwa roboty budowlanej: Budowa i wyposażenie zaplecza technicznego do obsługi taboru kolejowego, w tym dwukondygnacyjny budynek biurowy nie spełnia kryteriów opisanych w rozdziale VIII pkt 1 ppkt 3) lit. b) pkt. 1 SWZ, a w konsekwencji wykonawca mógł otrzymać w tym podkryterium maksymalnie 2,5 pkt, a nie 5 pkt.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w pozostałej części.

D. KIO 2311/23

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum NDI S.A., NDI SOPOT S.A. z siedzibą w Sopocie wnieśli odwołanie wobec:

-nieprawidłowej oceny oferty złożonej przez Konsorcjum Polimex, polegającej na uznaniu, iż wykonawca wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a nadto, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia złożonej oferty, i w konsekwencji dokonaniem jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej;

-zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Polimex, pomimo iż zawiera błąd w obliczeniu ceny, przejawiający się w zastosowaniu nieprawidłowej stawki podatku VAT dla wyceny zaoferowanych świadczeń związanych z zagospodarowaniem zieleni,

-zaniechaniu wezwania Konsorcjum Polimex do poprawienia oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 Pzp, poprzez przedłożenie oświadczenia, z którego wynikać będzie, że BALZOLA POLSKA sp. z o.o. wykona przedmiot zamówienia w zakresie odpowiadającym określonemu Rozdziale IV pkt 1 ppkt 4) lit. a) SWZ („Warunek udziału"),

-zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

(1) art. 226 ust. ust. 1 pkt 10 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Polimex, pomimo iż zawiera błąd w obliczeniu ceny, przejawiający się w dokonaniu wyceny świadczenia w zakresie zagospodarowania zieleni z zastosowaniem stawki podatku VAT w wymiarze 23%, podczas gdy prace z zakresu zagospodarowania zieleni podlegają opodatkowaniu podatkiem VAT według stawki 8%,

(2) art. 117 ust. 3 i 4 Pzp w zw. z art. 17 ust. 3 Pzp i art. 112 ust. 1 Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę oferty Konsorcjum Polimex, skutkującą uznaniem, że wykonawca spełnia warunek udziału, pomimo, iż ze złożonego przez Konsorcjum Polimex oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 Pzp nie wynika, że roboty budowlane korespondujące z treścią warunku udziału zostaną wykonane przez tych członków Konsorcjum Polimex, którzy wykazują spełnianie warunku udziału, tj. BALZOLA POLSKA sp. z o.o. oraz LANTANIA SA,

(3) art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 117 ust. 3 i 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Polimex do poprawienia oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 Pzp, poprzez przedłożenie oświadczenia, z którego wynikać będzie, że BALZOLA POLSKA sp. z o.o. oraz LANTANIA SA wykonają przedmiot zamówienia w zakresie robót budowlanych wskazanych w treści warunku udziału.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, a w jej następstwie odrzucenia oferty Konsorcjum Polimex; przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w odwołaniu na okoliczności tam wskazane oraz dokumentów, które zostaną złożone na rozprawie w celu wykazania faktów wskazanych w sformułowanych wówczas tezach dowodowych; zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie przedstawiony na rozprawie.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył ofertę sklasyfikowaną na drugiej pozycji w rankingu ofert i gdyby Zamawiający przeprowadził czynność badania i oceny ofert w sposób zgodny z normami Pzp, to dokonałby czynności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Polimex, a Odwołujący miałby realną szansę uzyskania zamówienia. Wadliwość podjętych przez Zamawiającego czynności wskazanych w *petitum* odwołania uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie zamówienia, skutkując poniesieniem przez Odwołującego uszczerbku, polegającego na nieudzieleniu mu zamówienia, pomimo złożenia najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wyjaśnił, że przedmiot zamówienia, warunki jego realizacji, wymagania dotyczące rozbicia ceny ofertowej oraz zasady dokonywania rozliczeń z wybranym wykonawcą Zamawiający uregulował w SWZ, w tym w Załączniku nr 1 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia (OPZ), Załączniku nr 2A do SWZ – Formularz cenowy Załączniku nr 8 do SWZ – Wzór umowy.

Oferty w postępowaniu złożyło ośmiu wykonawców.

W dniu 25 kwietnia 2023 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty Konsorcjum Polimex.

ZARZUT NR I

Zamawiający w Rozdziale VI pkt 14 SWZ zastrzegł, że*„Wskazanie prawidłowej stawki podatku VAT obciąża Wykonawcę."*Cytowane postanowienie przesądza, że Zamawiający nie określił stawek podatku VAT, jakie wykonawcy winni zastosować do wyceny poszczególnych świadczeń, wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia, w konsekwencji zobowiązując wykonawców do samodzielnego ustalenia i zastosowania właściwych stawek podatku VAT.

W toku badania i oceny ofert Zamawiający wezwał wszystkich wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie podstaw faktycznych i prawnych ustalenia i zastosowania stawki podatku VAT dla wyceny świadczeń w poz. 8 (podatek VAT od 3.2 zieleń) w Tabeli Podziału Ceny Ryczałtowej, pismem z dnia 7.06.2023 r.

Analiza udzielonych przez wykonawców wyjaśnień potwierdziła, że sześciu wykonawców dokonało wyceny świadczenia w zakresie zagospodarowania zieleni z zastosowaniem stawki podatku VAT w wymiarze 8%, natomiast dwóch wykonawców, tj. Konsorcjum Polimex i PORR S.A. zastosowało do wyceny stawkę podstawową podatku VAT w wymiarze 23%.

Zamawiający, pomimo rozbieżnych stanowisk wykonawców co do stawki podatku VAT, jaką należało zastosować do wyceny świadczeń związanych z zagospodarowaniem zieleni, nie zdecydował się na odrzucenie którejkolwiek z ofert i finalnie – jak już wskazano we wcześniejszej części odwołania, wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Konsorcjum Polimex, które prace z zakresu zagospodarowania zieleni wyceniło z zastosowaniem podstawowej stawki podatku VAT, uznając je za tzw. „usługę kompleksową". W ocenie Odwołującego, takie działanie Zamawiającego nie może zostać uznane za prawidłowe.

Odwołujący podkreślił, że rolą Zamawiającego, jako gospodarza postępowania jest ustalenie, jaka stawka podatku VAT powinna zostać zastosowana do wyceny danego świadczenia czy świadczeń składających się na przedmiot zamówienia. Tymczasem, w realiach niniejszej sprawy, Zamawiający uznał możliwość zastosowania zarówno preferencyjnej, jak i podstawowej stawki podatku VAT, pomimo iż zróżnicowanie takie nie znajduje uzasadnienia na gruncie bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa podatkowego.

Nie sposób podzielić argumentacji Konsorcjum Polimex, podniesionej w złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnieniach z dnia 16.06.2023 r., o zastosowaniu stawki podstawowej z uwagi na uznanie, że występuje tzw. „usługa kompleksowa", która winna podlegać opodatkowaniu jednolitą stawką podatku VAT. Fakt, że całość świadczenia wchodzącego w zakres przedmiotu zamówienia wykona jeden wykonawca na podstawie jednej umowy w sprawie zamówienia publicznego nie przesądza o kwalifikacji całości świadczenia wykonawcy jako tzw. „usługi kompleksowej". W orzecznictwie podatkowym jakkolwiek podkreśla się, że nie należy sztucznie dzielić czynności złożonych, to również akcentuje się, w szczególności w ramach orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, iż przy ustalaniu kwalifikacji podatkowej świadczeń pomocniczych przyjmuje się zasadę, że każde świadczenie powinno być uznawane za odrębne i niezależne. Podstawową zasadę odrębności i niezależności świadczeń TSUE wywodzi z art. 2 Dyrektywy 2006/112/WE Rady z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej Dz.U.UE.L.2006.347.1 z dnia 2006.12.1. W tym kontekście - zdaniem TSUE - tylko w pewnych okolicznościach odrębne świadczenia można uznać za jednolitą czynność. Przykładowo w wyroku z 21 lutego 2008 r. w sprawie C-425/06 Ministero dell'Economia e delle Finanze vs. Part Service Srl TSUE stwierdził:*„(...) gdy czynność obejmuje kilka świadczeń, powstaje pytanie, czy należy ją uważać za jednolitą czynność, czy też kilka odrębnych i niezależnych świadczeń, które należy oceniać oddzielnie. Kwestia ta ma szczególne znaczenie z punktu widzenia podatku VAT, w szczególności dla zastosowania stawek opodatkowania lub przepisów dotyczących zwolnień przewidzianych przez szóstą dyrektywę (zob. wyroki: z 26 lutego 1999 r. w sprawie C-349/98 CPP oraz z 27 października 2005 r. w sprawie C-41/04 Levob Verzekeringen i OV Bank). W tym zakresie z jej art. 2 wynika, że każde świadczenie powinno być zwykle uznawane za odrębne i niezależne (zob. ww. wyroki w sprawach CPP, pkt 29, oraz Levob Verzekeringen i OV Bank, pkt 20)*". Podobnie TSUE orzekł w wyroku z 11 czerwca 2009 r. w sprawie C-572/07 RLRE Tellmer Property sro vs. Financni reditelstvi v Usti nad Labem.

Odwołujący wskazał, że orzecznictwo TSUE, które oparte jest na przepisach prawa Unii Europejskiej, daje podstawę do skonstruowania zasadniczej tezy, że każde świadczenie należy traktować odrębnie, podejście takie prezentowane również przez Krajową Administrację Skarbową.

W realiach tego postępowania główny przedmiot świadczenia polegać będzie na wybudowaniu budynku użyteczności publicznej na potrzeby Sądu Rejonowego w Legionowie i Prokuratury Rejonowej w Legionowie. Świadczenia związane z zagospodarowanie terenów zielonych nie mogą być uznane za stanowiące immanentny element realizacji zamierzenia inwestycyjnego, które planuje zrealizować Zamawiający, gdyż mogłyby równie dobrze zostać wykonane w ramach odrębnego, później nawiązanego stosunku zobowiązaniowego, a nawet niewykonane wcale.

Tym samym, nie sposób mówić o wystąpieniu przesłanek dla wyjątkowego traktowania świadczeń spełnianych przez wykonawcę jako usługi kompleksowej, a w pełni zasadna wydaje się konstatacja o konieczności odrębnego traktowania w płaszczyźnie prawnopodatkowej świadczenia związanego z wykonaniem robót budowlanych i usług związanych z zagospodarowaniem terenów zieleni.

Odnosząc się zaś do kwestii wymiaru stawki podatku VAT dla usług związanych z zagospodarowaniem zieleni, należy odwołać się do bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa krajowego oraz interpretacji podatkowych wydanych przez organy podatkowe. Stosownie do art. 41 ust. 1 w zw. z art. 146ea pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (tekst jedn. Dz. U. z 2022r., poz. 931 z późn. zm., dalej – „Ustawa o VAT") podstawowa stawka podatku VAT w roku 2023, z zastrzeżeniem art. 41 ust. 2-12c, art. 83, art. 119 ust. 7, art. 120 ust. 2 i 3, art. 122 i art. 129 ust. 1 Ustawy o VAT wynosi 23%. Ustawodawca przewidział jednakże szereg wyjątków od reguły kształtowania wymiaru obowiązku podatkowego w zakresie podatku VAT w oparciu o stawkę podstawową. Wskazać można chociażby na relewantną w niniejszej sprawie regulację art. 146ea ust. 2 Ustawy o VAT, zgodnie z którą stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 2, art. 120 ust. 2 i 3 Ustawy o VAT oraz tytule załącznika nr 3 do Ustawy o VAT w roku 2023 wynosi 8%. Lektura załącznika nr 3 do Ustawy o VAT nie pozostawia żadnej wątpliwości, iż pośród towarów i usług objętych preferencyjną stawką podatku VAT w wysokości 8% znajdują się „Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni" przyporządkowane w Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (dalej – „PKWiU") do klasy 81.30. W świetle wyjaśnień do PKWiU 2015, klasa 81.30 obejmuje:

1) pozycję 81.30.11.0 Usługi związane z zagospodarowaniem ogrodów przydomowych

A. obejmującą: usługi dokonywania zasadzeń, pielęgnację i utrzymanie parków i ogrodów przy domach prywatnych, usługi projektowe i budowlane w zakresie drobnych prac związanych z zagospodarowaniem parków i ogrodów przydomowych (kształtowania terenu, budowy ścian oporowych, ścieżek spacerowych itp.)

B. nie obejmującą: produkcji w celach handlowych i dokonywania zasadzeń w celu sprzedaży roślin, drzew, sklasyfikowanych w odpowiednich grupowaniach działów 01, 02, usług szkółek, włączając szkółkarstwo leśne, sklasyfikowanych w 01.30.10.0, 02.10.20.0, robót budowlanych związanych z zagospodarowaniem parków i ogrodów przydomowych, sklasyfikowanych w odpowiednich grupowaniach Sekcji F, usług w zakresie architektury i projektowania parków i ogrodów przydomowych, sklasyfikowanych w 71.11.4.,

2) pozycję 81.30.12.0 Usługi związane z zagospodarowaniem pozostałych terenów zieleni

A obejmującą: usługi dokonywania zasadzeń, pielęgnację i utrzymanie parków i ogrodów, przy domach wielomieszkaniowych, przy budynkach użyteczności publicznej i częściowo publicznej (szkoły, szpitale, budynki administracyjne, kościoły itp.), na terenach miejskich (parki miejskie, strefy zieleni, cmentarze itp.), zieleni autostrad, ulic, dróg kolejowych i tramwajowych, brzegów dróg wodnych, w portach itp., przy budynkach przemysłowych i handlowych, usługi dokonywania zasadzeń, pielęgnację i utrzymanie zieleni: budynków (zieleń fasad, ogrody na dachach i wewnątrz budynków itp.), terenów sportowych (boiska do piłki nożnej, pola golfowe, itp.), terenów przeznaczonych do gier i zabaw na świeżym powietrzu i innych terenów rekreacyjnych (np. trawniki przeznaczone do zażywania kąpieli słonecznych, wód stojących i płynących (zbiorniki wodne, bagna, stawy, baseny kąpielowe, fosy, strumyki, potoki, rzeki, systemy oczyszczania ścieków, zagospodarowanie terenów zieleni i dokonywanie zasadzeń w celu ochrony przed hałasem, wiatrem, erozją, oślepianiem lub dla ułatwienia widoczności, pozostałe usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni innych niż rolnicze i leśne: renaturalizacja, rekultywacja, melioracja gruntów, tworzenie obszarów retencyjnych, zbiorników burzowych itp., usługi projektowe i budowlane w zakresie drobnych prac związanych z zagospodarowaniem pozostałych terenów zieleni (kształtowania terenu, budowy ścian oporowych, ścieżek spacerowych itp.).

B. nie obejmującą: produkcji w celach handlowych i dokonywania zasadzeń w celu sprzedaży roślin, drzew, sklasyfikowanych w odpowiednich grupowaniach działów 01, 02, usług szkółek, włączając szkółkarstwo leśne, sklasyfikowanych w 01.30.10.0, 02.10.20.0, usług w zakresie utrzymania terenów rolniczych w dobrym stanie ekologicznym, sklasyfikowanych w 01.61.10.0, robót budowlanych związanych z zagospodarowaniem pozostałych terenów zieleni, sklasyfikowanych w odpowiednich grupowaniach Sekcji F, usług w zakresie architektury i projektowania krajobrazu, sklasyfikowanych w 71.11.4, usługi dokonywania zasadzeń, pielęgnację i utrzymanie ogrodów przydomowych, sklasyfikowanych w 81.30.11.0,13.

W ocenie Odwołującego, mając na uwadze zakres świadczeń opisanych w TCPR w niniejszym postępowaniu należało dokonać wyceny świadczenia z zastosowaniem preferencyjnej stawki podatku VAT w wymiarze v 8%, a nie jak uczyniło to Konsorcjum Polimex – podstawowej stawki podatku VAT w wymiarze 23%. Stanowisko Odwołującego znajduje potwierdzenie w treści interpretacji indywidualnych i wiążących informacjach stawkowych (WIS) wydawanych przez organy podatkowe.

Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej w wiążącej informacji stawkowej (WIS) 0111-KDSB1-1.440.29.2022.2.WK z dnia 7 kwietnia 2022 r. wprost wskazał, że usługi objęte kodem PKWiU 2015 - 81.30 winny być opodatkowane stawką podatku VAT w wysokości 8%.

Tożsame konkluzje wynikają z interpretacji indywidualnej z dnia 18 grudnia 2018 r. 0112-KDIL1-1.4012.763.2018.1.SJ Dyrektora Krajowej Administracji Skarbowej. Analogiczne stanowisko Dyrektor Krajowej Administracji Skarbowej zaprezentował w interpretacji indywidualnej 0115-KDIT1-1.4012.784.2017.1.JP z dnia 5 stycznia 2018 r. Konkluzje co do braku możliwości kwalifikowania świadczeń związanych z zagospodarowaniem zieleni, realizowanych w ramach roboty budowlane jako tzw. „usługi kompleksowej" oraz zasadność zastosowania preferencyjnej stawki podatku VAT 8% potwierdza również treść interpretacji indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 3 listopada 2016 r., IPPP2/4512-632/16-3/BH.

W świetle powyższego nie może budzić wątpliwości, że Konsorcjum Polimex wadliwie zastosowało stawkę podstawową podatku VAT do wyceny świadczeń związanych z zagospodarowaniem zieleni. Konsekwencją niedochowania wymaganej staranności i złożenia oferty zawierającej wycenę świadczenia z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT jest ziszczenie się przesłanki odrzucenia oferty opisanej w art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp. Przywołany przepis nakazuje bowiem zamawiającemu odrzucić ofertę zawierającą błąd w obliczeniu ceny.

Pojęcie „błędu w obliczeniu ceny" w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej interpretowane jest m.in. jako zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT. Pogląd taki KIO zaprezentowała chociażby w wyroku z dnia 9 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3404/21. Analogicznie KIO wypowiedziała się również w wyroku z dnia 21 maja 2021 r., sygn. akt: KIO 942/21 oraz tożsame stanowisko KIO zaprezentowano również w wyroku z dnia 26 listopada 2020 r., sygn. akt: KIO 2933/20. Jako błąd w obliczeniu ceny kwalifikowane jest także dokonanie wyceny świadczenia z zastosowaniem stawki podstawowej podatku VAT, w sytuacji, gdy winna znaleźć zastosowanie stawka preferencyjna. Prawidłowość takiej konstatacji KIO potwierdziła m.in. w wyroku z dnia 6 grudnia 2021 r., sygn. akt: KIO 3404/21 wskazując, że „*Wykonawca ma obowiązek zastosować prawidłową stawkę VAT, tj. taką, jaka wynika z obowiązujących przepisów. Tym samym nie jest uprawnieniem wykonawcy dokonanie wyboru stawki VAT przy kalkulacji ceny ofertowej. W konsekwencji zastosowanie przez Odwołującego stawki VAT 23% zamiast 8% było niedopuszczalne. Odwołujący w świetle obowiązujących przepisów podatkowych obowiązany był do zastosowania do obliczenia ceny brutto stawki ośmioprocentowej, a zastosowanie stawki podstawowej stanowiło błąd w obliczeniu ceny."*

W świetle powyższego, zastosowanie przez Konsorcjum Polimex podstawowej stawki podatku VAT do wyceny świadczenia związanego z zagospodarowaniem zieleni, w sytuacji gdy właściwe było zastosowanie stawki preferencyjnej stanowi błąd w obliczeniu ceny, który winien był skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum Polimex. Zaniechanie dokonania tej czynności prze Zamawiającego i dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej w postępowaniu stanowi zaś rażące naruszenie norm Pzp.

ZARZUTY NR II I III

Zarzuty dotyczą kwestii oceny przez Zamawiającego spełniania przez Konsorcjum Polimex warunku udziału w postępowaniu. W Rozdziale IV pkt 1 ppkt 4) lit. a) SWZ Zamawiający przewidział konieczność wykazania przez wykonawców spełniania warunku udziału (w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy), nadając mu następujące brzmienie: *„Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: należycie wykonał co najmniej dwie roboty budowlane, z których każda obejmowała budowę lub przebudowę budynku użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal, budynków garaży) wraz z instalacjami sanitarnymi, elektrycznymi i teletechnicznymi, o kubaturze budynku nie mniejszej niż 25 000 m3 (każdy z nich) i wartości brutto roboty budowlanej co najmniej 60.000.000 zł brutto (każda z nich), lub należycie wykonał co najmniej dwie roboty budowlane, z których każda obejmowała budowę lub przebudowę budynku użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal, budynków garaży) wraz z instalacjami sanitarnymi, elektrycznymi i teletechnicznymi, o kubaturze budynku nie mniejszej niż 25 000 m3 (każdy z nich) i łącznej wartości brutto tych robót co najmniej 120.000.000 zł brutto oraz wartość każdej z tych robót budowlanych była nie mniejsza niż 40.000.000 zł brutto."*

W przypadku Konsorcjum Polimex spełnianie warunku udziału wykazano poprzez powołanie się na doświadczenie:

1) BALZOLA POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – zdobyte w ramach realizacji inwestycji pn.: „Budowa kompleksu oświatowego przedszkolno-szkolnego przy ul. Zaruby w Warszawie,

2) LANTANIA SA z siedzibą w Madrycie zdobyte w ramach realizacji inwestycji pn. „Rozbudowa i przebudowa szpitala uniwersyteckiego w Guadalajara Etap I postępowanie HO/GU/2008/2006"

Tymczasem, z treści oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 Pzp nie wynika w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości, że BALZOLA POLSKA sp. z o.o. oraz LANTANIA SA wykonają zakres przedmiotu zamówienia udzielanego w postępowaniu odpowiadający warunkowi udziału. Oświadczenie to wskazuje bowiem na następujący podział prac pomiędzy członkami Konsorcjum Polimex:

1) BAZOLA POLSKA S.A. w Warszawie –„*część robót przygotowawczych, część robót konstrukcyjnych, część robót instalacyjnych (sanitarne, elektryczne, telekomunikacyjne, teletechniczne, gaszenia gazem), zagospodarowanie terenu,*

zieleń, roboty drogowe, zewnętrzne sieci sanitarne, energetyczne telekomunikacyjne, roboty rozbiórkowe, roboty ziemne",
2) LANTANIA SA w Madrycie – *„część robót przygotowawczych, część robót konstrukcyjnych"*
3) Polimex Infrastruktura sp. z o.o. w Warszawie – *„część robót przygotowawczych, część robót konstrukcyjnych, część robót instalacyjnych (sanitarne, elektryczne, telekomunikacyjne, teletechniczne, gaszenia gazem), zagospodarowanie terenu, zieleń, roboty drogowe, zewnętrzne sieci sanitarne, energetyczne telekomunikacyjne, roboty rozbiórkowe, roboty ziemne"*,
4) Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie -*„część robót przygotowawczych"*.

Przepis art. 117 ust. 3 Pzp jednoznacznie stanowi, że *„W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane."* Jak trafnie wskazuje Urząd Zamówień Publicznych w swojej opinii pn. *„Oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, jako podmiotowy środek dowodowy"*: *„W myśl przepisu art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, w przypadku, o którym mowa w art. 117 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy. W przypadku polegania przez członków konsorcjum na uprawieniach, doświadczeniu, kwalifikacjach lub wykształceniu członka takiego konsorcjum, łączenie zdolności członków konsorcjum w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może następować w sposób dowolny. Liczy się rola, jaką członek grupy odegra przy realizacji zamówienia. Wymagane zdolności powinien posiadać co najmniej ten z konsorcjantów, który w ramach przyjętego wewnętrznie podziału zadań, wyznaczony zostanie do realizowania danej części zamówienia, z którą wiąże się obowiązek posiadania konkretnych uprawnień, doświadczenia, kwalifikacji lub wykształcenia. W celu potwierdzenia spełnienia tych warunków wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mają obowiązek złożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofertą oświadczenia, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni współwykonawcy. Ratio legis art. 117 ust. 4 ustawy Pzp jest umożliwienie weryfikacji, czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu."* Analogiczne stanowisko zaprezentowała KIO w wyroku z dnia 8 listopada 2021r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2945/21 wskazując, że *„Celem oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 p.z.p., jest weryfikacja, czy zakres zamówienia co do którego należy się wykazać spełnieniem warunku udziału w postępowaniu będzie rzeczywiście wykonany przez członka konsorcjum, który wykazuje się spełnieniem tego warunku."* Skutkiem negatywnej oceny w tym zakresie będzie uznanie, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia nie wykazali spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W realiach niniejszej sprawy, oświadczenie o którym mowa w art. 117 ust. 4 Pzp złożone przez Konsorcjum Polimex nie wskazuje, że członkowie Konsorcjum Polimex, którzy wykazują spełnianie warunku udziału, tj. BALZOLA POLSKA sp. z o.o. oraz LANTANIA SA, wykonają zakres przedmiotu zamówienia odpowiadający treści warunku udziału.

Zaprezentowany w treści ww. oświadczenia enigmatyczny podział czynności pomiędzy członków Konsorcjum Polimex nie dawał podstawy dla uznania, iż realizacja przedmiotu zamówienia nastąpi z poszanowaniem nakazu określonego w art. 117 ust. 3 Pzp, tj. że BALZOLA POLSKA sp. z o.o. oraz LANTANIA SA zrealizują zakres zamówieni odpowiadający warunkowi udziału. Lakoniczne określenie tego zakresu, przy równie ogólnikowym sposobie określenia podziału prac pomiędzy pozostałych członków konsorcjum, nie dawało podstawy dla takiego wniosku Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający, mając na uwadze treść oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 Pzp złożonego przez Konsorcjum Polimex nie mógł w sposób zgodny z przepisami uznać, że wykonawca ten spełnia warunek udziału i dokonać wyboru złożonej przez ten podmiot oferty jako najkorzystniejszej.

Zamawiający winien był wezwać Konsorcjum Polimex, w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do poprawienia oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 Pzp i precyzyjnego wskazania zakresów rzeczowych, jakie w ramach realizacji zamówienia wykonają poszczególni konsorcjanci, aby nie było wątpliwości co do tego, że BALZOLA POLSKA sp. z o.o oraz LANTNIA SA wykonają zakres rzeczowy odpowiadający treści warunku udziału (w zakresie, jakim każdy z tych podmiotów wykazuje jego spełnianie), czego jednak Zamawiający zaniechał.

Wykonawca Warbud S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2311/23 po stronie Odwołującego.

Wykonawca Skanska S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2311/23 po stronie Odwołującego.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum Polimexzgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2311/23 po stronie Zamawiającego.

Zamawiający, pismem z dnia 18 sierpnia 2023 r., złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie w części, tj. w zakresie: zarzutu nr 1 dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez

zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Polimex, pomimo iż zawiera błąd w obliczeniu ceny, przejawiający się w dokonaniu wyceny świadczenia w zakresie zagospodarowania zieleni z zastosowaniem stawki podatku VAT w wymiarze 23%, podczas gdy prace z zakresu zagospodarowania zieleni podlegają opodatkowaniu podatkiem VAT według stawki 8%.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w pozostałej części.

Konsorcjum Polimex zgłosiło na posiedzeniu sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów w zakresie dotyczącym oferty Odwołującego we wszystkich wniesionych odwołaniach w niniejszej sprawie.

Konsorcjum NDI zgłosiło sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu nr 2 w odwołaniu Warbud (KIO 2308/23), tj. naruszenia art. 239 ust. 1 w związku z art. 16 ust. 1-3 Pzp, w odniesieniu do oceny oferty i zawyżonej liczby punktów w kryterium doświadczenie osób odpowiedzialnych za nadzór nad robotami budowlanymi w odniesieniu do p. M.M. jako osoby wskazanej na stanowisko Koordynatora Wykonawcy/ Kierownika Kontraktu/Dyrektora Kontraktu.

Konsorcjum NDI wniosło także sprzeciw wobec tożsamego zarzutu (j.w.) podniesionego w odwołaniu wniesionym przez Konsorcjum Polimex (sygn. akt KIO 2310/23) pkt 1.3a odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 w związku z art. 16 ust. 1 i 2 Pzp w związku z postanowieniem zawartym w rozdziale VIII pkt 1 ppkt 3b Specyfikacji Warunków Zamówienia w odniesieniu do oceny oferty i punktacji przyznanej Konsorcjum NDI za doświadczenie p. M.M., jako osoby wskazanej na stanowisko Koordynatora Wykonawcy/Kierownika Kontraktu/Dyrektora Kontraktu.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołania zasługują na uwzględnienie w części.

Izba stwierdziła, że Odwołujący się wykonawcy wykazali, że stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp, mają interes w uzyskaniu zamówienia i mogą ponieść szkodę w wyniku niezgodnych z ustawą Pzp czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu lub też w przypadku zaniechania przez Zamawiającego dokonania czynności, do których zobowiązuje Zamawiającego ustawa Pzp.

Wykonawca Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie zgłosił swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt: KIO 2308/23, KIO 2311/23 po stronie Odwołującego oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 2310/23 po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 525 ust. 1-3 Pzp, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Wykonawca Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2311/23 po stronie Odwołującego oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 2307/23, KIO 2310/23 po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 525 ust. 1-3 Pzp, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Konsorcjum: NDI S.A., NDI SOPOT S.A. z siedzibą lidera w Sopocie zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt: KIO 2307/23, KIO 2308/23, KIO 2310/23 po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 525 ust. 1-3 Pzp, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie Konsorcjum: Polimex Infrastruktura sp. z o.o., Polimex Mostostal S.A., Balzola Polska sp. z o.o., LANTANIA S.A. z siedzibą lidera w Warszawie zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt: KIO 2307/23, KIO 2308/23 po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 525 ust. 1-3 Pzp, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie KIO 2307/23 na podstawie art. 568 pkt 1 Pzp, wobec cofnięcia na posiedzeniu przez Odwołującego Skanska S.A. zarzutów:

1. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zakresie oceny oferty złożonej przez Konsorcjum NDI – tj. zarzutu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, poprzez poświadczenie nieprawdy co do doświadczenie p. M.M. i p. Ł.B., co skutkowało przyznaniem maksymalnej liczby punktów w kryterium doświadczenie osób;
2. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, w zakresie oceny oferty złożonej przez Konsorcjum Polimex – tj. zarzutu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, poprzez poświadczenie nieprawdy co do uprawnień telekomunikacyjnych p. W.G. w szczególności wobec braku uprawnień bez ograniczeń;
3. naruszenia art. 128 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Warbud S.A. do wyjaśnień w zakresie doświadczenia p. K.G. i p. A.W..

Odwołujący Skanska S.A. w sprawie KIO 2307/23 złożył na posiedzeniu do akt sprawy:

- oświadczenie z dnia 21 sierpnia 2023 r. p. Joanny Gęstwickiej - na okoliczność, że p. P.D. nie został wpisany do

dziennika budowy przy budowie obiektu Centrum Handlowe AGORA Bytom;

- oświadczenie z dnia 17 sierpnia 2023 r. p. Emilii Rutkowskiej - na okoliczność, że p. P.D. nie został wpisany do dziennika budowy przy budowie obiektu Centrum Handlowe AGORA Bytom.

Konsorcjum Polimex w toku posiedzenia złożyło pisma procesowe z dnia 21 sierpnia 2023 r. w odniesieniu do wszystkich spraw, tj. KIO 2307/23, KIO 2308/23, KIO 2310/23, KIO 2311/23 wraz z opinią podatkową w przedmiocie możliwości uznania robót budowlanych polegających na budowie budynku z koniecznymi rozbiórkami wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą jako świadczenia kompleksowego na gruncie VAT z dnia 17 sierpnia 2023 r. opracowaną przez p. Piotra Litwina – ENDO ADVISORS sp. z o.o.

Konsorcjum NDI w toku posiedzenia złożyło do akt sprawy:

- decyzję nr 49/BZ/2021 Wojewody Małopolskiego z dnia 3 września 2021 r. na okoliczność, że potwierdza ona powstanie budynku użyteczności publicznej wraz z wyciągiem z projektu budowlanego, projektu wykonawczego oraz 3 rysunków z projektu wykonawczego,
- zdjęcia z budowy zaplecza technicznego o którym mowa w ww. decyzji,
- opinię podatkową z dnia 11 sierpnia 2023 r. opracowaną przez W.K., Ł.P. – SOLVEO ADVISORY Sp. z o.o. „Poprawność zastosowania 8% stawki VAT do usług zagospodarowania terenów zielonych wykonywanych przy okazji świadczenia usług budowlanych”.

Wykonawca Warbud S.A., jako Przystępujący w sprawie KIO 2307/23, złożył pismo procesowe z dnia 21.08.2023 r. wraz z plikiem dowodów, zgodnie ze spisem załączonym na początku przedkładanego zestawienia. Przystępujący złożył również zestawienie dowodów w formie skoroszytu ze spisem załączonych dokumentów odpowiednio w sprawach KIO 2308/23, KIO 2310/23, KIO 2311/23 na okoliczności wskazane w spisie dowodów, w tym Opinię doradcy podatkowego dotyczącą stawki VAT dla prac zagospodarowania terenu w ramach zamówienia publicznego na „Budowę budynku dla Sądu Rejonowego w Legionowie i Prokuratury Rejonowej w Legionowie przy ul. Jana III Sobieskiego 47 i 47A z koniecznymi rozbiórkami wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą z dnia 17 sierpnia 2023 r. opracowaną przez Cabaj Kotala Doradztwo Podatkowe Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba dopuściła wszystkie dowody złożone przez strony i uczestników postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp w odniesieniu do oferty złożonej przez Konsorcjum Polimex dotyczący błędu w obliczeniu ceny, poprzez niezastosowanie preferencyjnej stawki podatkowej w wysokości 8% w odniesieniu do robót dotyczących terenów zielonych. (zarzut wspólny dla odwołań o sygn. akt KIO 2307/23, KIO 2308/23, 2311/23).

Przedmiotem zamówienia jest „Budowa budynku dla Sądu Rejonowego w Legionowie i Prokuratury Rejonowej w Legionowe przy ul. Jana III Sobieskiego 47 i 47A z koniecznymi rozbiórkami wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą”. Przedmiot zamówienia obejmuje roboty budowlane oraz usługi zagospodarowania terenów zieleni. Wykonanie przedmiotu zamówienia wymaga wykonania szeregu świadczeń oraz zakresów robót, w tym wykonania robót wielobranżowych (opisanych w projekcie budowlanym i projekcie wykonawczym oraz w STWiORB), w tym w branży budowlanej (architektura i konstrukcja), branży elektrycznej, sanitarnej, oraz zagospodarowania terenu, w tym wykonanie prac związanych z zagospodarowaniem terenu - objętych pozycją „zieleń”, oraz uzyskania wszelkich niezbędnych uzgodnień i decyzji. Zgodnie z dokumentacją postępowania, w tym w szczególności OPZ oraz dokumentacją projektową, projekt budowlany (SWZ Załącznik 1 OPZ Zalacznik_2_projekt budowlany), projekt wykonawczy (SWZ Załącznik 1 OPZ Załącznik 3 _projekty wykonawcze), oraz Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót (STWiORB) (SWZ Załącznik 1 OPZ Załącznik 5 STWIORB) oraz projektem umowy (PPU Załącznik n do SWZ) przedmiotem zamówienia jest wykonanie kompleksowych robót budowlanych. Zgodnie również z Tomem I „Zagospodarowanie Terenu”, Część IX „Zieleń” Projektu Wykonawczego (dalej: „Projekt Wykonawczy”), postępowanie dotyczy opracowania terenu znajdującego się przy ulicy Jana III Sobieskiego 47 i 47 A w Legionowie, a więc zagospodarowania terenów zieleni, które znajdą się wokół budynku Sądu Rejonowego oraz Prokuratury Rejonowej w Legionowie. Obszar opracowania obejmuje działkę, na terenie której zinwentaryzowano 27 drzew i 8 krzewów. Zgodnie z Projektem Wykonawczym opracowanie terenu zakłada: zachowanie możliwie dużej ilości już istniejącej zieleni, usunięcie części drzew oraz krzewów, gdzie jest to konieczne (drzewa martwe, chore, cechujące się złym stanem fitosanitarnym lub bardzo mocno zaburzoną statyką (w tym stwarzających zagrożenie), wykonanie nasadzeń drzew, krzewów, roślin okrywowych i trawników przy nowo projektowanym obiekcie, zabiegi pielęgnacyjne.

W związku z powyższym, elementem wchodzącym w zakres przedmiotu zamówienia jest pozycja 3.2. – zieleń, której wycenę Zamawiający przewidział w wierszu 8 Tabeli Podziału Ceny Ryczałtowej (TCPR).

Podkreślić należy, że Zamawiający nie narzucił wykonawcom w SWZ określonej stawki podatku VAT na prace obejmujące przedmiot zamówienia, w tym na „zieleń”. Zamawiający wyodrębnił jedynie od robót budowlanych pozycję VAT na „zieleń” w formularzu cenowym, w Tabeli Podziału Ceny Ryczałtowej (TCPR).

. Zamawiający w rozdziale VI pkt 14 SWZ postanowił jednoznacznie, że*„Wskazanie prawidłowej stawki podatku VAT obciąża Wykonawcę.”,* zobowiązując tym samym wykonawców do samodzielnego ustalenia i zastosowania właściwych stawek podatku VAT do wyceny poszczególnych świadczeń, wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia. Takie stanowisko zostało potwierdzone także w ramach wyjaśnień treści SWZ, tj. w odpowiedziach Zamawiającego na pytania wykonawców.

W przedmiotowym postępowaniu oferty w złożyło ośmiu wykonawców. Sześciu wykonawców dokonało wyceny świadczenia w zakresie zagospodarowania zieleni z zastosowaniem stawki podatku VAT w wysokości 8%, natomiast dwóch wykonawców, tj. Konsorcjum Polimex i wykonawca PORR S.A. zastosowało stawkę podstawową w wymiarze 23% do całości świadczenia objętego przedmiotem zamówienia.

W toku badania i oceny ofert Zamawiający pismem z dnia 7 czerwca 2023 r. wezwał wszystkich wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie podstaw faktycznych i prawnych ustalenia i zastosowania stawki podatku VAT dla wyceny świadczeń w poz. 8 (podatek VAT od 3.2 zieleń) w Tabeli Podziału Ceny Ryczałtowej. W ramach złożonych wyjaśnień (dwóch wykonawców nie złożyło wyjaśnień), żaden z wykonawców nie wskazał, iż zastosował niewłaściwą stawkę w wyniku omyłki, podtrzymując stanowisko co do prawidłowości zastosowanej stawki VAT w ofercie.

Zamawiający, pomimo rozbieżnych stanowisk wykonawców, co do zastosowanej stawki podatku VAT do wyceny świadczeń związanych z zagospodarowaniem zieleni, nie podjął w ramach oceny ofert decyzji odnośnie odrzucenia którejkolwiek ze złożonych w postępowaniu ofert. Dopiero w ramach odpowiedzi na wniesione odwołania Zamawiający określił swoje stanowisko, opowiadając się za prawidłowością zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 8% na świadczenie wskazane w Tabeli Podziału Ceny Ryczałtowej jako „zieleń”, uwzględniając zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Polimex, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

W ocenie Izby, w niniejszej sprawie Zamawiający niesłusznie uznał w ramach oceny ofert możliwość zastosowania przez wykonawców zarówno preferencyjnej, jak i podstawowej stawki podatku VAT, pomimo iż zróżnicowanie takie nie znajduje uzasadnienia na gruncie bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa podatkowego. Izba podkreśla, że rolą Zamawiającego, jako gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest ustalenie, jaka stawka podatku VAT powinna zostać zastosowana do wyceny świadczenia lub świadczeń składających się na przedmiot zamówienia i dokonanie oceny ofert w powyższym zakresie.

Odnosząc się do kwestii wymiaru stawki podatku VAT dla świadczeń związanych z zagospodarowaniem zieleni, należy odwołać się w szczególności do bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa krajowego oraz interpretacji podatkowych wydanych przez organy podatkowe, które uwzględniają orzecznictwo, w tym również orzecznictwo TSUE, przy czym, jak wskazano w wyroku NSA z dnia 3 lutego 2017 r., sygn. akt: I FSK 567/15, cyt. „(„.) w odniesieniu do ulg, zwolnień, czy też stosowania obniżonych stawek podatku, nie powinno się stosować ani wykładni rozszerzającej, ani zawężającej, lecz należy prawidłowo zinterpretować przepisy z uwzględnieniem zasad dokonywania wykładni prawa. ”

Stosownie do art. 41 ust. 1 w zw. z art. 146ea pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tekst jedn. Dz. U. z 2022 r., poz. 931 ze zm., dalej – „ustawa o VAT”), podstawowa stawka podatku VAT w roku 2023, z zastrzeżeniem art. 41 ust. 2-12c, art. 83, art. 119 ust. 7, art. 120 ust. 2 i 3, art. 122 i art. 129 ust. 1 ustawy o VAT wynosi 23%. Ustawodawca przewidział jednocześnie szereg wyjątków od reguły kształtowania wymiaru obowiązku podatkowego w zakresie podatku VAT w oparciu o stawkę podstawową. Treść załącznika nr 3 do ustawy o VAT (poz. nr 52) wskazuje, iż wśród towarów i usług objętych preferencyjną stawką podatku VAT w wysokości 8% znajdują się „Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni” przyporządkowane w Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (dalej – „PKWiU”) do klasy 81.30.

W świetle wyjaśnień do PKWiU odnośnie klasy 81.30, mając na uwadze zakres świadczeń opisanych w ramach pozycji TCPR „zieleń” w przedmiotowym postępowaniu, w ocenie Izby, należało dokonać wyceny tego świadczenia z zastosowaniem preferencyjnej stawki podatku VAT w wymiarze 8%. Usługi wchodzące bowiem w zakres przedmiotu zamówienia w ramach robót zewnętrznych (PZT) w pozycji „Zieleń” (gospodarka drzewostanem, pielęgnacja drzew istniejących, nasadzenia drzew i krzewów itp.) obejmują zakres definiowany według PKWiU jako „Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni”, który objęty jest preferencyjną stawką podatkową w wysokości 8%, zgodnie z pozycją nr 52 załącznika nr 3 do ustawy o VAT. Stanowisko powyższe znajduje potwierdzenie w treści przedłożonych i powołanych w odwołaniach przez Odwołujących podatkowych interpretacji indywidualnych i we wiążących informacjach stawkowych (WIS) wydawanych przez organy podatkowe. I tak, Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej w wiążącej informacji stawkowej (WIS) 0111-KDSB1-1.440.29.2022.2.WK z dnia 7 kwietnia 2022 r. wprost wskazał, że usługi objęte kodem PKWiU 2015 - 81.30 winny być opodatkowane stawką podatku VAT w wysokości 8%. Podobnie stanowisko zostało przedstawione w interpretacji indywidualnej z dnia 18 grudnia 2018 r. 0112-KDIL1-1.4012.763.2018.1.SJ Dyrektora Krajowej Administracji Skarbowej. Analogiczne stanowisko przedstawił Dyrektor Krajowej Administracji Skarbowej w interpretacji indywidualnej 0115-KDIT1-1.4012.784.2017.1.JP z dnia 5 stycznia 2018 r.

W interpretacji indywidualnej z dnia 19 września 2023 r. Dyrektor Krajowej Informacji Skarbowej 0112-KDSL2-

1.440.250.2023.4.SS *WIS USŁUGA - zagospodarowanie terenu zieleni - PKWiU 2015 - 81.30 - stawka 8% VAT* stwierdził, że *„jednym z decydujących czynników uznania usługi za "świadczenie kompleksowe" jest to, czy przeciętny konsument (tj. przeciętny świadczeniobiorca) postrzega otrzymane świadczenie jako wiele niezależnych świadczeń, czy też jedno pojedyncze świadczenie. Kluczowym kryterium w tym przypadku jest powszechny odbiór, a więc to, co rozumie pod tym ogół ludności. Cechą charakterystyczną jednego świadczenia złożonego jest nierozerwalność jego poszczególnych elementów. Również w sytuacji, gdy świadczeniobiorca nie może otrzymać jednego elementu świadczenia bez innego, przemawia to za jednym świadczeniem złożonym. Ponadto wskazówką świadczącą o istnieniu jednego świadczenia złożonego jest też jednolity cel gospodarczy transakcji. Jeżeli przeciętnemu świadczeniobiorcy zależy właśnie na połączeniu kilku świadczeń, przemawia to za istnieniem jednego świadczenia złożonego. W świetle orzecznictwa TSUE jedno świadczenie złożone występuje wtedy, kiedy wszystkie elementy świadczenia są niezbędne dla osiągnięcia jego celu.”*

Izba w pełni podzieliła stanowisko przywołane przez Odwołującego Skanska wyrażone przez Ministra Rozwoju i Finansów na postawie interpretacji indywidualnej z dnia 3 listopada 2016 r., IPPP2/4512-632/16-3/BH, zgodnie z którą: *Z okoliczności opisanych we wniosku wynika, że dla celów opodatkowania podatkiem VAT, usługi wykonywane przez Spółkę należy uznać za dwie odrębne od siebie czynności tj. usługi budowlane oraz usługi związane z zagospodarowaniem terenów zielonych. Oferta składana przez Wnioskodawcę wykazuje usługi zagospodarowania terenów zielonych w odrębnych od usług budowlanych pozycjach kosztorysowych określając dla nich cenę niezależną od usługi budowlanej. Usługa polegająca na zagospodarowaniu terenów zielonych występuje jako czynność niezależna od usług budowlanych i może być z łatwością wykonana przez inny podmiot. Pomiędzy tymi usługami nie ma związku o charakterze nierozerwalnym. Należy także zaznaczyć, że z okoliczności przedstawionych we wniosku wynika, że z punktu widzenia nabywcy dokonuje on zakupu dwóch odrębnych od siebie usług. W związku z tym należy zgodzić się z Wnioskodawcą, że w zdarzeniu opisanym we wniosku, brak jest obiektywnych podstaw do uznania, że usługi zagospodarowania terenów zielonych oraz usługi budowlane realizowane w ramach jednego kontraktu są tak ściśle ze sobą związane, że należałoby je uznać za usługę kompleksową.”*Podkreślić należy, że przedmiotem analizy w powyższej sprawie był stan faktyczny identyczny, jak w niniejszej sprawie. Organ podatkowy uznał, że usługi budowalne i usługi zagospodarowania terenów zielonych stanowią dwie niezależne usługi, pomiędzy którymi nie ma związku o charakterze nierozerwalnym.

W przedmiotowym postępowaniu świadczenie dotyczące zagospodarowania zieleni nie warunkuje w żadnym stopniu wykonania robót budowlanych ani funkcjonowania obiektu. Główny przedmiot świadczenia wykonawcy polegać będzie na wybudowaniu budynku użyteczności publicznej na potrzeby Sądu Rejonowego w Legionowie i Prokuratury Rejonowej w Legionowie. Świadczenia związane z zagospodarowanie terenów zielonych nie mogą być zatem uznane za stanowiące immanentny element realizacji głównego zamierzenia inwestycyjnego, które planuje zrealizować Zamawiający, gdyż mogłyby ono, bez żadnych ograniczeń, zostać wykonane odrębnie od robót budowlanych, w ramach odrębnego, później nawiązanego stosunku zobowiązaniowego.

Również w świetle przedłożonych do akt sprawy przez Odwołujących opinii podatkowych, nie budzi wątpliwości fakt, że sporna część zamówienia (poz. zieleń) powinna być wyodrębniona pod względem podatkowym, gdyż w tym zakresie zastosowanie ma odrębna stawka podatkowa w wysokości 8%. Potwierdza to także orzecznictwo zarówno Izby jak i TSUE szeroko przytaczane w niniejszej sprawie. Tym samym, świadczenie obejmujące przedmiot zamówienia w niniejszej sprawie nie powinno być uznane za świadczenie kompleksowe, objęte jednolitą stawką podatku VAT w wysokości 23%. Prace w zakresie zieleni stanowią bowiem niezależny etap prac w ramach większego przedsięwzięcia inwestycyjnego, w ramach tej inwestycji prace te zachowują swój niezależny charakter. W konsekwencji, również dla celów podatku VAT prace te powinny być traktowane niezależnie od robót budowlanych.

Wszystkie strony postępowania zgodziły się co do faktu, że orzecznictwo TSUE, oparte na przepisach prawa Unii Europejskiej, potwierdza, że co do zasady każde świadczenie należy traktować odrębnie oraz co do stwierdzenia, że składnikami świadczenia kompleksowego jest świadczenie główne i świadczenia pomocnicze oraz że podział świadczenia kompleksowego na świadczenia odrębne jest sztuczny i nieuzasadniony.

W ocenie Izby, kluczowa jest ocena, czy w danym konkretnym przypadku, mając na uwadze charakter i zakres przedmiotu zamówienia, mamy do czynienia z usługą kompleksową, zważywszy, że istota świadczenia kompleksowego polega na tym, że kilka świadczeń pozostaje ze sobą w takim związku, który powoduje, że z ekonomicznego punktu widzenia tworzą one całość, jedną czynność.

W przedmiotowym postępowaniu główny przedmiot świadczenia wykonawcy stanowią roboty budowlane polegające na wybudowaniu budynku użyteczności publicznej na potrzeby Sądu Rejonowego w Legionowie i Prokuratury Rejonowej w Legionowie. Czy zatem w ramach przedmiotowej inwestycji świadczenia związane z zagospodarowaniem terenów zielonych objęte przedmiotem zamówienia mogą być uznane za świadczenie stanowiące immanentny element realizacji inwestycji w takim stopniu, że tworzą jedną czynność z robotami budowlanymi? Czy pomiędzy tymi usługami

występuje związek o charakterze nierozerwalnym? Czy świadczenie dotyczące zagospodarowania terenów zielonych jest niezbędne do wykonania głównego przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby, nie budzi wątpliwości fakt, że w powszechnej ocenie „przeciętnego konsumenta" część przedmiotu zamówienia, polegająca na zagospodarowaniu terenów zielonych, może być wykonana oddzielnie, co nie wpływa na jakość ani zakres świadczenia głównego. Świadczenie to może być również wykonane na odrębne zlecenie przez odrębny podmiot (od wykonawcy realizującego roboty budowlane), niezaangażowany w realizację robót budowlanych, stanowiących świadczenie główne. Potwierdzają to również stanowiska prezentowane przez Odwołujących się wykonawców na rozprawie, że bardzo często prace w powyższym zakresie zlecane są przez wykonawców specjalistycznym firmom, zajmującym się zagospodarowaniem terenów zielonych.

Odnosząc się do argumentacji Konsorcjum Polimex, Izba zważyła, że powoływana przez Konsorcjum Polimex treść uzasadnienia przedstawionego przez Zamawiającego odnośnie braku podziału zamówienia na części, zawarta w punkcie 2 ppkt 3 pkt 2 SWZ, nie odnosi się do prac związanych z zagospodarowaniem zieleni. Zamawiający wyraźnie wyjaśnił na rozprawie, że w SWZ przedstawił uzasadnienie co do braku podziału zamówienia na części w odniesieniu do dwóch budynków, a nie w odniesieniu do robót budowlanych i zagospodarowania zieleni, w szczególności w zakresie prawno-podatkowych aspektów zamówienia.

Ponadto, fakt, że określone świadczenia są realizowane w ramach jednego zamówienia publicznego nie przesądza o tym, że do całości tego zamówienia należy zastosować jednolitą stawkę podatkową. W ocenie Izby, nie można zgodzić się z Przystępującym – Konsorcjum Polimex, że w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym, gdyż „zagospodarowanie terenów zieleni jest świadczeniem pomocniczym w tym znaczeniu, że samo zagospodarowanie zieleni nie byłoby wykonywane, gdyby nie budowa obiektów budowlanych i dlatego całe świadczenie należy uznać za kompleksowe". W niniejszej sprawie występują bowiem dwie równorzędne i niezależne od siebie (pod względem realizacji i odbioru) czynności, które mogą być wykonane oddzielnie i niezależnie od siebie, które także dla celów opodatkowania VAT powinny być traktowane odrębnie: usługa budowlana polegające na wybudowaniu budynków Sądu i Prokuratury oraz usługa zagospodarowania zieleni wokół tych budynków. Nie ma wątpliwości, że Zamawiający oczekuje realizacji w ramach zamówienia - świadczenia kompleksowego, ale w znaczeniu rzeczowym - jako całości inwestycji, obejmującej wszystkie niezbędne elementy zapewniające efektywne funkcjonowanie obiektu. Z perspektywy zatem Zamawiającego, przedmiot zamówienia obejmuje całość prac, objętych przedmiotem zamówienia, a w związku z tym warunki zawarte w projekcie umowy zostały określone w stosunku do całości zamówienia, co jednak nie przesądza o kompleksowości świadczeń objętych przedmiotem zamówienia dla celów podatkowych. Nie przesądza o tym również ryczałtowy charakter wynagrodzenia. Wbrew twierdzeniom Konsorcjum Polimex, również fakt, że pozycja „zieleń" stanowi element przedmiotu zamówienia zatwierdzony w ramach projektu budowlanego - w pozwoleniu na budowę - nie oznacza, że świadczenie polegające na budowie budynku i świadczenie polegające na zagospodarowaniu zieleni stanowią jedno świadczenie kompleksowe na potrzeby ustalenia zobowiązań podatkowych.

W ocenie Izby, o niezależności i samodzielności prac w zakresie zagospodarowania zieleni w przedmiotowym postępowaniu świadczy także fakt, że zagospodarowanie zieleni pozostaje bez wpływu (w znaczeniu technologicznym) na zakres robót budowlanych koniecznych do wykonania w celu wybudowania Budynku Sądu i Prokuratury.Prace związane z zagospodarowaniem zieleni mają na celu urządzenie i utrzymanie zieleni na terenie zewnętrznym w stosunku do budynku i nie przyczyniają się w żaden sposób do wykonania robót budowlanych, a tym samym nie mają charakteru pomocniczego w stosunku do prac wykonywanych w zakresie Budynku Sądu i Prokuratury. Realizacja prac w zakresie zieleni ma inny cel niż wykonanie budynku. Zarówno wartość tych prac, jak i ich odbiór zachowują swoją odrębność wobec robót budowlanych, polegających na wybudowaniu budynku. Zagospodarowanie zieleni nie stanowi zatem usługi pomocniczej do świadczenia głównego, którym jest wybudowanie budynku. Z punktu widzenia nabywcy jest to odrębna usługa, która nie jest tak ściśle powiązana z robotami budowlanymi, że trudne jest rozdzielenie tych świadczeń, a ich ewentualne rozdzielenie miałoby charakter nienaturalny (sztuczny).

W ocenie Izby, fakt, że oferta Konsorcjum Polimex jest ofertą najkorzystniejszą, pomimo zastosowania przez wykonawcę stawki podstawowej 23% nie może oznaczać zwolnienia wykonawcy z obowiązku prawidłowego zastosowania przepisów podatkowych. Chociaż przepisy podatkowe nie wiążą negatywnych konsekwencji dla podmiotu, który pomimo możliwości zastosowania stawki preferencyjnej stosuje stawkę podstawową, to jednak nadal mamy do czynienia z nieprawidłowym zastosowaniem przepisów podatkowych. W ocenie Izby, nie można przyjąć, że nieprawidłowe stosowanie przepisów podatkowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest dopuszczalne. Zasada proporcjonalności obowiązująca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nakazuje, aby podejmowane środki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego były konieczne i niezbędne do osiągniecia założonych celów. Środki zastosowane do realizacji danego celu muszą być najwłaściwsze oraz takie, które w najmniejszym stopniu ograniczają interesy i prawa wykonawców. Zasada proporcjonalności jest ściśle powiązana z

inną kluczową zasadą obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego tj. zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podkreślić należy, że żadna z tych zasad nie ma prymatu nad inną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W świetle powyższego Izba stwierdziła, że Konsorcjum Polimex wadliwie zastosowało stawkę podstawową podatku VAT do wyceny świadczeń związanych z zagospodarowaniem zieleni w wysokości 23%. Konsekwencją niedochowania wymaganej staranności i złożenia oferty zawierającej wycenę świadczenia z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT jest ziszczenie się przesłanki odrzucenia oferty, opisanej w art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, jako błąd w obliczeniu ceny. Stawka VAT jest bowiem elementem cenotwórczym, zatem posłużenie się przez wykonawcę nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny stanowi o wystąpieniu błędu w obliczeniu ceny. Biorąc również pod uwagę okoliczność, iż stwierdzony w ofercie Konsorcjum Polimex błąd w obliczeniu ceny nie może zostać uznany za omyłkę, gdyż Zamawiający nie wskazał w SWZ określonej stawki VAT, a Konsorcjum Polimex w wyjaśnieniach potwierdziło, że zastosowanie stawki 23% było wynikiem jego przemyślanej decyzji, zastosowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT nie może podlegać poprawie w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Oferta złożona przez Konsorcjum Polimex podlega zatem odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny.

Zarzuty wobec ofert złożonych przez wykonawców: Konsorcjum: NDI, Skanska S.A., Warbud S.A., Budimex S.A. Strabag sp. z o.o., Hochtief Polska S.A. (zarzuty odwołania o sygn. akt KIO 2310/23)

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 10 Pzp w zw. z art. 41 ust. 1 i 2 w zw. z art. 146a pkt 1 ustawy VAT oraz w zw. z art. 16 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: Konsorcjum: NDI, Skanska S.A., Warbud S.A., Budimex S.A., Strabag sp. z o.o., Hochtief Polska S.A., pomimo, że oferty ww. wykonawców zawierają błąd w obliczeniu ceny z uwagi na zastosowanie dla obliczenia ceny brutto, w zakresie pozycji 3.2 Tabeli Podziału Ceny Ryczałtowej (TPCR) pozycja „Zieleń" niewłaściwej stawki podatku VAT w wysokości 8%, podczas gdy przedmiotem zamówienia jest świadczenie kompleksowe, które powinno zostać objęte jednolitą stawką VAT 23%, a tym samym oferty ww. wykonawców zawierają błąd w obliczeniu ceny, a Zamawiający akceptując te oferty naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („uznk"), poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: Konsorcjum: NDI, Skanska S.A., Warbud S.A., Budimex S.A., Strabag sp. z o.o., Hochtief Polska S.A. pomimo, że oferty ww. wykonawców zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk z uwagi na zastosowanie dla obliczenia ceny brutto, w zakresie pozycji 3.2 Tabeli Podziału Ceny Ryczałtowej (TPCR) pozycja „Zieleń" stawki podatku VAT w wysokości 8%, podczas gdy przedmiotem zamówienia jest świadczenie kompleksowe, które powinno zostać objęte jednolitą stawką VAT 23%.

Izba stwierdziła niezasadność powyższych zarzutów.

Wykonawcy: Konsorcjum: NDI, Skanska S.A., Budimex S.A., Warbud S.A., Strabag sp. z o.o., Hochtief Polska S.A. w przedłożonych ofertach przedstawili ceny brutto z zastosowaniem stawki 8% VAT w pozycji 3.2 Tabeli Podziału Ceny Ryczałtowej (TCPR) „Zieleń" oraz stawkę 23% dla pozostałych prac.

Wskazani powyżej wykonawcy, oprócz wykonawcy Hochtief Polska sp. z o.o. oraz Strabagsp. z o.o., złożyli wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego co do podstaw zastosowania stawki podatkowej w złożonych ofertach.

Biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne i prawne tożsame, jak podane w niniejszym uzasadnieniu powyżej - w odniesieniu do zarzutu dotyczącego błędu w obliczeniu ceny w ofercie Konsorcjum Polimex, Izba stwierdziła, nie powielając przytoczonej powyżej argumentacji, że zastosowanie stawki 8% w pozycji 3.2 Tabeli Podziału Ceny Ryczałtowej (TCPR) „zieleń"oraz stawki 23% dla pozostałych prac, przez ww. wykonawców jest prawidłowe i wynika z obowiązujących przepisów.

Ponadto, skoro w przedmiotowej sprawie zastosowanie przez ww. wykonawców obniżonej stawki podatku VAT w wysokości 8% w odniesieniu do pozycji 3.2 Tabeli Podziału Ceny Ryczałtowej (TCPR) „zieleń" ma uzasadnienie w przepisach prawa, to brak jest podstaw do zakwalifikowania tego działania wykonawców jako czynu nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu art. 3 ust. 1 uznk, polegającego na zastosowaniu obniżonej stawki podatkowej w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażającego lub naruszającego interes innego przedsiębiorcy lub klienta oraz działania utrudniającego dostęp do rynku oraz możliwość zbytu towarów i usług pozostałym wykonawcom zainteresowanym pozyskaniem zamówienia w rozumieniu przepisów uznk.

Reasumując, Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców: Konsorcjum: NDI, Skanska S.A., Warbud S.A., Budimex S.A., Strabag sp. z o.o., Hochtief Polska S.A. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, jako zawierających błąd w obliczeniu ceny lub na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, jako złożonych w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Zarzuty wobec oferty Konsorcjum Polimex (zarzuty odwołania o sygn. akt KIO 2307/23)

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp przez brak wezwania Konsorcjum Polimex do uzupełnienia w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu - w przedmiocie dysponowania kierownikiem robót telekomunikacyjnych bez ograniczeń.

W ocenie Izby, zarzut powyższy nie potwierdził się.

Pan W.G. uzyskał posiadane uprawnienia przed 1995 r. Odwołujący podniósł niniejszy zarzut w oparciu o wpis dotyczący ww. osoby w rejestrze osób posiadających uprawnienia budowlane prowadzonym przez Główny Urząd Nadzoru Budowlanego. Rzeczywiście wpis do ww. rejestru w odniesieniu do uprawnień ograniczonych p. W.G., do chwili obecnej nie został sprostowany ani uzupełniony.

Izba zważyła, że wpis w ww. rejestrze nie posiada mocy konstytutywnej ani, jak podnosił Przystępujący Konsorcjum Polimex, nie jest objęty domniemaniem prawdziwości, a ma jedynie charakter informacyjny. W przypadku braku aktualizacji informacji w nim zawartych przez daną osobę, wpis ten może zatem stracić swoją aktualność, co nie wpływa jednak w jakimkolwiek stopniu na zakres posiadanych przez tę osobę uprawnień.

Dodatkowo, Izba zważyła, że w toku rozprawy Konsorcjum Polimex przedstawiło do akt sprawy pismo - interpretację z dnia 26.09.2012 r. Łódzkiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa, która jest organem uprawnionym do interpretacji uprawnień budowlanych, która jednoznacznie potwierdziła, że p. W.G. posiada „uprawnienia budowlane w odniesieniu do telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii instalacji i urządzeń liniowych bez ograniczeń".

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, który podniósł na rozprawie, że dowód złożony przez Konsorcjum Polimex został złożony w złej wierze oraz składając ten dowód dopiero na rozprawie uniemożliwił Odwołującemu ewentualne podjęcie decyzji co do cofnięcia tego zarzutu. Izba wskazuje w tym zakresie, że strony i uczestnicy postepowania odwoławczego mogą składać dowody aż do zamknięcia rozprawy, podobnie, jak aż do zamknięcia rozprawy odwołujący może cofnąć zarzut przedstawiony w odwołaniu.

Wobec powyższego, za nieuzasadniony należało uznać zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp przez brak wezwania Konsorcjum Polimex do uzupełnienia w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu - w przedmiocie dysponowania kierownikiem robót telekomunikacyjnych bez ograniczeń.

.

<u>Zarzuty wobec oferty Konsorcjum Polimex (zarzuty odwołania o sygn. akt KIO 2311/23)</u>

Zarzut naruszenia art. 117 ust. 3 i 4 Pzp w zw. z art. 17 ust. 3 Pzp i art. 112 ust. 1 Pzp, poprzez nieprawidłową ocenę oferty Konsorcjum Polimex, skutkującą uznaniem, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu, pomimo, iż ze złożonego przez Konsorcjum Polimex oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 Pzp nie wynika, że roboty budowlane korespondujące z treścią Warunku udziału zostaną wykonane przez tych członków Konsorcjum Polimex, którzy wykazują spełnianie warunku udziału, tj. BALZOLA POLSKA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz LANTANIA SA z siedzibą w Madrycie,

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 117 ust. 3 i 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Polimex do poprawienia oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 Pzp, poprzez przedłożenie oświadczenia, z którego wynikać będzie, że BALZOLA POLSKA sp. z o.o. oraz LANTANIA S.A. wykonają przedmiot zamówienia w zakresie robót budowlanych wskazanych w treści warunku udziału w postępowaniu.

Izba stwierdziła, że oba powyższe zarzuty są niezasadnie.

Powyższe dwa zarzuty dotyczą tej samej okoliczności faktycznej, tj. sposobu oceny przez Zamawiającego spełniania przez Konsorcjum Polimex warunku udziału w postepowaniu.

W postanowieniach rozdziału IV pkt 1 ppkt 4) lit. a) SWZ Zamawiający przewidział konieczność wykazania przez wykonawców spełniania warunku udziału w postępowaniu (w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy), o następującej treści:

„Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: należycie wykonał co najmniej dwie roboty budowlane, z których każda obejmowała budowę lub przebudowę budynku użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal, budynków garaży) wraz z instalacjami sanitarnymi, elektrycznymi i teletechnicznymi, o kubaturze budynku nie mniejszej niż 25 000 m3 (każdy z nich) i wartości brutto roboty budowlanej co najmniej 60.000.000 zł brutto (każda z nich), lub należycie wykonał co najmniej dwie roboty budowlane, z których każda obejmowała budowę lub przebudowę budynku użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal, budynków garaży) wraz z instalacjami sanitarnymi, elektrycznymi i teletechnicznymi, o kubaturze budynku nie mniejszej niż 25 000 m3 (każdy z nich) i łącznej wartości brutto tych robót co najmniej 120.000.000 zł brutto oraz wartość każdej z tych robót budowlanych była nie mniejsza niż 40.000.000 zł brutto."

Konsorcjum Polimex wykazało spełnienie ww. warunku, powołując się na doświadczenie dwóch członków Konsorcjum:

1) BALZOLA POLSKA sp. z o.o. – doświadczenie nabyte w ramach realizacji inwestycji pn.: „Budowa kompleksu oświatowego przedszkolno-szkolnego przy ul. Zaruby w Warszawie,

2) LANTANIA SA – doświadczenie nabyte w ramach realizacji inwestycji pn. „Rozbudowa i przebudowa szpitala uniwersyteckiego w Guadalajara Etap I postępowanie HO/GU/2008/2006"

Konsorcjum Polimex przedłożyło oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 Pzp wskazujące na następujący podział prac pomiędzy członkami Konsorcjum:

1) BAZOLA POLSKA S.A. - *„„część robót przygotowawczych, część robót konstrukcyjnych, część robót instalacyjnych (sanitarne, elektryczne, telekomunikacyjne, teletechniczne, gaszenia gazem), zagospodarowanie terenu, zieleń, roboty drogowe, zewnętrzne sieci sanitarne, energetyczne telekomunikacyjne, roboty rozbiórkowe, roboty ziemne",*

2) LANTANIA SA – *„część robót przygotowawczych, część robót konstrukcyjnych"*

3) Polimex Infrastruktura sp. z o.o. – *„część robót przygotowawczych, część robót konstrukcyjnych, część robót instalacyjnych (sanitarne, elektryczne, telekomunikacyjne, teletechniczne, gaszenia gazem), zagospodarowanie terenu, zieleń, roboty drogowe, zewnętrzne sieci sanitarne, energetyczne telekomunikacyjne, roboty rozbiórkowe, roboty ziemne"*,

4) Polimex Mostostal S.A. - *„część robót przygotowawczych"*.

W ocenie Izby, z treści powyższego oświadczenia wynika w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości, że BALZOLA POLSKA sp. z o.o. oraz LANTANIA SA wykonają zakres przedmiotu zamówienia odpowiadający warunkom udziału w postepowaniu w zakresie odpowiadającym wykazanemu doświadczeniu tych podmiotów.

Przepis art. 117 ust. 3 Pzp stanowi, że *„W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane."*

W myśl przepisu art. 117 ust. 4 Pzp, *„W przypadku, o którym mowa w art. 117 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy."*

W świetle powyższych przepisów, oczywistym jest, że w przypadku polegania przez konsorcjum na uprawieniach, doświadczeniu, kwalifikacjach lub wykształceniu członka konsorcjum, konieczne jest wykazanie zakresu prac, który będzie wykonywał członek konsorcjum przy realizacji zamówienia, związany z wykazywanymi zdolnościami. Członek konsorcjum, który posiada określone wymagane zdolności, powinien realizować daną część zamówienia, z którą wiąże się obowiązek posiadania konkretnych uprawnień, doświadczenia, kwalifikacji lub wykształcenia. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mają obowiązek złożenia w postępowaniu oświadczenia, z którego będzie wynikać, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni współwykonawcy w celu zapewnienia realnego wykorzystania deklarowanych przez nich zasobów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Negatywna ocena w powyższym zakresie musi skutkować uznaniem, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia nie wykazali spełniania warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby, Konsorcjum Polimex w treści ww. oświadczenia przedstawiło podział prac pomiędzy członków Konsorcjum odpowiednio do nakazu wynikającego z art. 117 ust. 3 Pzp. Nie można bowiem uznać, że zakres czynności do wykonania przy realizacji zamówienia wskazany dla BALZOLA POLSKA sp. z o.o. oraz LANTANIA SA nie odpowiad zakresowi doświadczenia wykazywanemu przez ww. podmioty na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zauważyć też należy, że wskazany w powyższym oświadczeniu zakres prac jest nawet bardziej szczegółowy niż zakres prac ogólnie określony w oświadczeniu złożonym przez samego Odwołującego. Odwołujący odnosząc się do treści złożonego oświadczenia w swojej ofercie potwierdził przy tym na rozprawie, że można wykonywać pewien zakres robót łącznie, bez wyraźnego rzeczowego podziału. Fakt, że w przypadku Konsorcjum Polimex w oświadczeniu wskazano, że podmioty te będą wykonywać część danych robót, oznacza, że podmioty podzielą się zakresem tych robót, podobnie, jak w przypadku Odwołującego, na etapie realizacji zamówienia.

Zamawiający prawidłowo zatem uznał, mając na uwadze przepis art. 117 ust. 4 Pzp, że Konsorcjum Polimex spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Zamawiający, zachowując w postępowaniu zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, nie miał podstaw by wzywać Konsorcjum Polimex, w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, do poprawienia oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 Pzp. Nie ma uzasadnienia twierdzenie, że wskazany w oświadczeniu zakres prac nie obejmuje czynności, do wykonania których konieczne jest wymagane przez Zamawiającego doświadczenie w ramach warunku udziału w postępowaniu. Tym samym, zarzut, że Konsorcjum Polimex nie wykazało, że BALZOLA POLSKA sp. z o.o. LANTANIA S.A.,wykazujące swoje doświadczenie na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum Polimex nie będą w sposób realny realizowały w stosownym zakresie przedmiotu zamówienia jest niezasadny.

Zarzuty wobec oferty Konsorcjum NDI (zarzuty odwołania o sygn. akt KIO 2307/23, KIO2308/23, KIO 23110/23)

Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez nieprawidłową i niezgodną z SWZ ocenę oferty złożonej przez Konsorcjum NDI w kryterium „doświadczenie osób odpowiedzialnych za nadzór nad robotami budowlanymi" (Roz. VIII, pkt 1. 3) b) SWZ) i przyznanie tej ofercie zawyżonej liczby punktów.

Zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp i 128 ust. 4 Pzp w związku z 239 ust. 1 Pzp w zw. art. 16 pkt 1-3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum NDI do wyjaśnienia treści oferty w kryterium „doświadczenie osób odpowiedzialnych za nadzór nad robotami budowlanymi", co w konsekwencji doprowadziło przyznania tej ofercie zawyżonej liczby punktów.

W ocenie Izby, zarzuty powyższe są zasadne.

Zgodnie z postanowieniami rozdziału VIII pkt. 1. 3) b) 1) SWZ, Zamawiający określił następujące kryterium oceny ofert:

„Za doświadczenie Koordynatora Wykonawcy/Kierownika Kontraktu/Dyrektora Kontraktu:

- w przypadku, gdy wykazana osoba należycie koordynowała wykonanie jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal, budynków garaży) o wartości co najmniej 60.000.000 zł brutto (wartość całej umowy/kontraktu) – 0 pkt (spełnianie warunku udziału w Postępowaniu);

- w przypadku, gdy wykazana osoba należycie koordynowała wykonanie dwóch robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal, budynków garaży) o wartości co najmniej 60.000.000 zł brutto każda (wartość całej umowy/kontraktu) – 2.5 pkt;

- w przypadku, gdy wykazana osoba należycie koordynowała wykonanie trzech lub więcej robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal, budynków garaży) o wartości co najmniej 60.000.000 zł brutto każda (wartość całej umowy/kontraktu) – 5 pkt.

Za doświadczenie Koordynatora Wykonawcy/Kierownika Kontraktu/Dyrektora Kontraktu Zamawiający przyzna maksymalnie 5 pkt."

Kryterium oceny ofert, określone w postanowieniu rozdziału VIII pkt. 1. 3) b) 4) oraz 6) SWZ zostało sformułowane prze Zamawiającego w sposób analogiczny do warunku i kryterium określonym dla Koordynatora Wykonawcy/Kierownika Kontraktu.

Z treści opisu ww. kryteriów wynika, w ocenie Izby, że wskazana minimalna wartość 60 mln dotyczy wartości robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej, a nie wartości jakiejkolwiek inwestycji, której jedynie jednym z elementów jest budynek użyteczności publicznej o dowolnej wartości. W ocenie Izby, wskazana powyżej interpretacja wynika z literalnego brzmienia opisu kryterium. Zamawiający wskazał bowiem, że przedmiotem kryterium jest *„[…] wykonanie roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal, budynków garaży) o wartości […]"*, zatem chodzi tu o wartość roboty budowlanej polegającej budowie lub przebudowie budynku. Interpretacja ta jest także uzasadniona, biorąc pod uwagę, że dla jakości wykonywanych robót objętych przedmiotem zamówienia, ma znaczenie rzeczywiste doświadczenie osób w wykonywaniu takich prac, które swoim charakterem odpowiadają przedmiotowi zamówienia.

Zauważyć należy, że godnie z art. 241 ust. 1 Pzp, kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia.

W świetle treści kryterium brak jest uzasadnienia do przyjęcia, że Zamawiający w ramach kryterium określił wartość całego kontraktu, a nie wartości budowy lub przebudowy budynku użyteczności publicznej, który stanowi główny przedmiot zamówienia. Oczywistym jest, że budowie lub przebudowie budynku towarzyszą jeszcze inne świadczenia. Mają one jednak znaczenie uboczne dla wartości i zakresu budowy budynku. Odwołując się dalej do opisu omawianego kryterium należy stwierdzić, że adnotację *„(wartość całej umowy/kontraktu)"* zawartą przy podanej w opisie kryterium wartości 60 000 000,00 zł brutto należy odnosić do wartości całej umowy/kontraktu, obejmującego budowę lub przebudowę budynku, a nie do wartości całej umowy/kontraktu, obejmującego inwestycję niezwiązaną z przedmiotem tego zamówienia, w ramach której wykonano budynek jako jeden z wielu elementów, i dodatkowo niezależnie od wartości budowy lub przebudowy tego budynku.

Złożone w sprawie dowody, tj. informacje uzyskane od Kolei Małopolskich i Urzędu Morskiego w Gdyni potwierdzają, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie sprawia trudności lub nie jest niemożliwe wyodrębnienie wartości budynku zrealizowanego w ramach większej inwestycji na potrzeby wykazania spełnienia omawianego kryterium.

Wskazać też należy, że interpretacja opisu kryterium przyjęta przez Zamawiającego przy ocenie ofert prowadzi do nieporównywalności ofert, zważywszy że wykonawcy w znacznej większości zrozumieli opisane kryterium, a w szczególności wymaganą wartość roboty budowlanej, jako wartość budowy lub przebudowy budynku.

Dodatkowo trzeba również zauważyć, że wartość 60 mln zł w odniesieniu do budowy lub przebudowy budynku jest wymogiem związanym i proporcjonalnym do wartości przedmiotu zamówienia, którym jest budowa budynku dla

Sądu Rejonowego w Legionowie i Prokuratury Rejonowej w Legionowe z koniecznymi rozbiórkami wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą o wartości ponad 122.000.000 zł brutto (szacunkowa wartość zamówienia).

Reasumując, z treści opisu kryterium wynika, jednoznacznie, w ocenie Izby, że należało wykazać udział wymaganych osób w robotach budowlanych polegających na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal, budynków garaży), a nie w jakichkolwiek robotach, w tym niezwiązanych z budową budynku, których elementem o nieistotnej wartości była budowa lub przebudowa budynku użyteczności publicznej. Określenie „wartość całej umowy/kontraktu" dotyczy tym samym wartości budowy lub przebudowy budynku użyteczności publicznej z ewentualnymi robotami towarzyszącymi. Nie można uznać za wystarczające dla uzyskania dodatkowej punktacji w ramach powyższego kryterium legitymowania się stosownym udziałem w wykonaniu inwestycji, której tylko jednym z elementów jest budowa lub przebudowa budynku, niezależnie od wartości tych robót budowlanych.

Konsorcjum NDI wskazało na stanowisko Koordynatora Wykonawcy/Kierownika Kontraktu/Dyrektora Kontraktu p. M.M., wykazując 3 inwestycje w tym m.in. w poz. 2 zadanie *„Budowa i wyposażenie zaplecza technicznego do obsługi taboru kolejowego, w tym dwukondygnacyjny budynek biurowy"* zrealizowane na rzecz Kolei Małopolskich Sp. z o.o. owartości całej umowy/kontraktu brutto PLN: powyżej 60 000 000,00 PLN.

Uzyskane w ramach dostępu do informacji publicznej od Inwestora informacje na temat tej inwestycji wskazują, że wykonany budynek to *„Budynek hali przeglądowo-naprawczej, który składa się z:*
- części warsztatowej (jednokondygnacyjnej) złożony z hali napraw, myjni i magazynu,
- części biurowo-socjalnej (dwukondygnacyjnej), na który składa się część administracyjna, nastawnia i dyspozytornia, a także pomieszczenia dla serwisantów oraz warsztaty, i który sklasyfikowany został w grupie 1251 PKOB (KŚT 101)."

Klasa PKOB 1251 obejmuje to budynki przemysłowe, a więc nie jest to budynek użyteczności publicznej. Wartość całej inwestycji opiewa na kwotę 97.585.698,18 zł brutto, a wartość robót obejmujących budowę budynku - na kwotę: 22.062.716,00 zł brutto (bez myjni i instalacji sanitarnych).

Ponadto, według treści zawartej w pozwoleniu na budowę, jest to budynek składający się z hali napraw, części socjalnej, części warsztatowo-magazynowej oraz myjni, co potwierdza przemysłowy charakteru tego budynku, który nie może być uznany za budynek użyteczności publicznej. Dodatkowo, w ramach tej inwestycji, oprócz właściwego budynku, został wykonany szereg innych prac niezwiązanych z funkcjonowaniem budynku, tj. m.in. budowa, przebudowa i rozbiórka układu torowego, sieci trakcyjnych, układu drogowego oraz oświetlenie terenu.

Jak wynika z dokumentacji przetargowej powołanej przez Konsorcjum Polimex, obiekt ten został zrealizowany w wyniku rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zaprojektowanie i budowa Zaplecza Technicznego w ramach projektu „Budowa i wyposażenie zaplecza technicznego do obsługi taboru kolejowego"* (nr postępowania KMDL/251/2/2019) prowadzonego przez „Koleje Małopolskie" sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. Zgodnie z opisem przedmiotu ww. zamówienia „*Zamówienie obejmuje zaprojektowanie i budowę zaplecza technicznego (hala przeglądowo-naprawcza, wyposażenie, myjnia taboru, magazyn, zaplecze socjalne, warsztat oraz niezbędna infrastruktura i zagospodarowanie. terenu na stacji Kraków Towarowy.*", a zakres robót budowlanych obejmował budowę *„hali napraw z częścią biurowo - socjalną i warsztatowo magazynową oraz myjni taboru; budynek hali w części biurowo - socjalnej ma być dwukondygnacyjny, wyposażony w windę osobową".* Taki charakter przedmiotu zamówienia potwierdza również treść Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU) dla tej inwestycji. Jako dowód Odwołujący Konsorcjum Polimex przedstawił wyciąg z PFU dla inwestycji *Zaprojektowanie i budowa zaplecza technicznego.*

Biorąc pod uwagę powyższe, wskazana przez Konsorcjum NDI ww. inwestycja nie spełnia wymagania w ramach powyższego kryterium zarówno co do przedmiotu – nie jest to budynek użyteczności publicznej, jak i co do wartości – wartość budynku wynosi około 22 mln zł brutto. W konsekwencji, Konsorcjum NDI nie powinno za tę inwestycję uzyskać punktów w ramach tego kryetrium.

Ocenie w ramach kryterium doświadczenia osób podlegało także m.in. doświadczenie Kierownika robót telekomunikacyjnych (rozdział VIII pkt. pkt. 1) ppkt. 3) lit. b) pkt. 6): *„6) Za doświadczenie Kierownika robót telekomunikacyjnych: w przypadku gdy wykazana osoba należycie pełniła funkcję Kierownika robót telekomunikacyjnych przy jednej robocie budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal, budynków garaży) o wartości co najmniej 60.000.000 zł brutto (wartość całej umowy/kontraktu) — 0 pkt (spełnianie warunku udziału w Postępowaniu); II w przypadku gdy wykazana osoba należycie pełniła funkcję Kierownika robót telekomunikacyjnych przy dwóch robotach budowlanych polegających na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal, budynków garaży) o wartości co najmniej 60.000.000 zł brutto każda (wartość całej umowy/kontraktu) — 2.5 pkt w przypadku gdy wykazana osoba należycie pełniła funkcję Kierownika robót telekomunikacyjnych przy trzech lub więcej robotach budowlanych polegających na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal, budynków garaży) o wartości co najmniej 60.000.000 zł brutto każda (wartość całej umowy/kontraktu) — 5 pkt. Za doświadczenie Kierownika robót telekomunikacyjnych Zamawiający przyzna*

maksymalnie 5 pkt."

Zgodnie z opisem powyższego kryterium, Zamawiający premiował doświadczenie dotyczące nadzorowania robót polegających na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal, budynków garaży) o wartości co najmniej 60.000.000 zł brutto każda (wartość całej umowy/kontraktu).

W odniesieniu do osób proponowanych na stanowisko Kierownika robót elektrycznych (p. Ł.C.) i Kierownika robót telekomunikacyjnych (Ł.B.), Konsorcjum NDI wskazało doświadczenie w kryterium oceny ofert, określonym w postanowieniu rozdziału VIII pkt. 1. 3) b) 4) oraz 6) SWZ (warunek i kryterium analogiczne do warunku i kryterium dla Koordynatora Wykonawcy/Kierownika Kontraktu) w zakresie *„Budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską – Część I w tym budynek Kapitanatu"*zrealizowanej na rzecz Urzędu Morskiego w Gdyni, o wartości całej umowy/kontraktu brutto PLN: powyżej 60 000 000,00 PLN.

Informacje podane przez Urząd Morski w Gdyni wskazują, że wartość wykonanego budynku Kapitanatu wynosiła ok. 10 mln zł netto, a roboty budowlane były prowadzone na oddzielnym dzienniku budowy. Budynek Kapitanatu był więc jedynie jednym z elementów inwestycji, jaką była budowa drogi wodnej łączącej Zalew Wiślany z Zatoką Gdańską. Nie można w tym przypadku uznać, że wartość całej inwestycji odpowiada opisowi kryterium oceny ofert, tj. robotom budowlanym polegającym na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej o wartości 60 mln, gdyż inwestycja ta miała zupełnie inny charakter, a roboty budowlane polegające na budowie budynku Kapitanatu nie miały wymaganej wartości.

Tym samym, ww. inwestycja nie spełnia wymagania kryterium co do wartości budynku i w konsekwencji Konsorcjum NDI nie powinno za tę inwestycję otrzymać punktów w kryterium doświadczenia Kierownika robót elektrycznych i Kierownika robót telekomunikacyjnych.

W przypadku osoby wskazanej na stanowisko Kierownika robót telekomunikacyjnych w kryterium oceny ofert opisanym w postanowieniach rozdziału VIII pkt. 1. 3) b) 6) SWZ Konsorcjum NDI wskazało inwestycję*„Zaprojektowanie i budowa nowego nabrzeża z przyległymi placami składowymi na terenie Portu Gdańsk w tym budynek administracyjno-socjalny"* wykonaną na rzecz DCT Gdańsk S.A. o wartości powyżej 60 000 000,00 PLN.

Głównym przedmiotem ww. inwestycji była budowa nabrzeża portowego i placów składowych w Terminalu Kontenerowym, którego operatorem jest spółka DCT Gdańsk S.A.

Jak zauważył Odwołujący Konsorcjum Polimex, z ogólnie dostępnych informacji wynika, że w ramach projektu na czynnym terminalu TI przy zapewnieniu niezakłóconej działalności sąsiadującej z warsztatem, terminalowej bocznicy kolejowej oraz stacji paliw, do istniejącego warsztatu obsługującego sprzęt terminalowy dobudowano 3-kondygnacyjny budynek o funkcji biurowo-socjalnej o powierzchni zabudowy 495 m2. Odwołujący wskazał dodatkowo, że na podstawie powierzchni zabudowy (495 m2), liczby kondygnacji oraz średnich wskaźników cen publikowanych przez Sekocenbud można ustalić szacunkową wartość tego budynku. Według obliczeń Odwołującego wynosi ona szacunkowo ok. 7 982 023,50 zł brutto, a zatem nie spełnia minimalnej wartości robót budowlanych wskazanej w kryterium. Powyższe obliczenia nie zostały skutecznie zakwestionowane przez Konsorcjum NDI w postępowaniu odwoławczym.

W ocenie Izby, słuszny jest zatem zarzut, że w świetle treści kryterium, kwestia wartości budynku w ramach powyższej inwestycji powinna zostać wyjaśniona przez Zamawiającego w drodze wezwania Konsorcjum NDI do wyjaśnień. Przyznanie punktacji za powyższe zadanie bez wyjaśnienia wartości robót polegających na budowie budynku administracyjno-socjalnego w ramach tej inwestycji należało uznać za nieuprawnione w ramach omawianego kryterium.

W konsekwencji, w danym stanie faktycznym, Konsorcjum NDI powinno uzyskać mniejszą liczbę punktów za wykazane doświadczenie Koordynatora Wykonawcy/Kierownika Kontraktu/Dyrektora Kontraktu, doświadczenie Kierownika robót elektrycznych oraz doświadczenie Kierownika robót telekomunikacyjnych. Zamawiający jest zobowiązany do ponownej oceny oferty złożonej przez Konsorcjum NDI w omówionym powyżej zakresie.

<u>Zarzuty dotyczące oferty Warbud (zarzut odwołania o sygn. akt KIO 2307/23).</u>

Zarzut naruszenia art. 226 ust.1 pkt 7 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Warbud, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na poświadczeniu nieprawdy w zakresie doświadczenia p. P.D., które to poświadczenie nieprawdy skutkowało przyznaniem maksymalnej ilości punktów w kryterium doświadczenie osób wskazanych do realizacji zadania.

Zarzut ewentualny naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp, poprzez niezasadne przyznanie ww. wykonawcy maksymalnej ilości punktów w zakresie doświadczenia personelu wskazanego w ofercie Warbud, podczas, gdy powinno być ono obniżone o co najmniej 2,5 pkt i obliczone stosownie do wagi kryterium to jest 30%, gdyż doświadczenie p. P.D. nie uzasadnia przyznania maksymalnej ilości punktów z uwagi na to, że na jednej ze wskazanych inwestycji nie pełnił funkcji kierownika robót telekomunikacyjnych.

Izba stwierdziła, że powyższe zarzuty są niezasadne.

Oferta Warbud S.A. została wskazana przez Zamawiającego na trzeciej pozycji w rankingu ofert z punktacją – 96,52 pkt.

Zgodnie z postanowieniami rozdziału IV, pkt 1) 1.1.4) b) 6) SWZ, Zamawiający wymagał dysponowania, co najmniej jedyną osobą, która będzie pełniła funkcję Kierownika robót telekomunikacyjnych. Zamawiający wymagał, aby osoba ta posiadała doświadczenie w należytym wykonywaniu funkcji Kierownika robót telekomunikacyjnych przy co najmniej jednej robocie budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal, budynków garaży) o wartości co najmniej 60.000.000 zł brutto (wartość całej umowy/kontraktu).

Wykonawca Warbud na potwierdzenie spełnienia tego warunku wskazał osobę p. P.D., przedstawiając trzy zadania, w których ww. osoba pełniła funkcję Kierownika robót telekomunikacyjnych, w tym m.in. projekt „Budowa Centrum Handlowego Agora Bytom".

Zgodnie z informacją przedstawioną przez Odwołującego Skanska, która nie była kwestionowana przez Przystępującego, na przedmiotowej inwestycji Generalnym Wykonawcą była firma ERBUD S.A., natomiast podwykonawcą, który zatrudniał p. P.D. była firma QUMAK Sekom S.A. Odwołujący ustalił, że fizycznie p. D. był obecny na inwestycji, ale nie pełnił funkcji Kierownika robót telekomunikacyjnych, na dowód czego Odwołujący przedstawił oświadczenia złożone przez pracowników Odwołującego, na podstawie dwóch rozmów z p. M.P., przedstawicielem właściciela obiektu, odnośnie uzyskanej wiedzy, że nie ma wpisów Pana D. w Dzienniku Budowy tej inwestycji.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że niezasadny jest zarzut niespełnienia przez Warbud warunku udziału w postępowaniu, bowiem wykonawca wskazał dla Pana P.D. w Formularzu ofertowym trzy inwestycje spełniające wymagania Zamawiającego, a Odwołujący zakwestionował tylko jedną z nich, co potwierdza spełnianie przez Warbud warunków udziału w postępowaniu, w ramach którego wymagane było wykazanie jednej inwestycji.

Odnośnie zarzutu, że Warbud przedstawił nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na decyzję Zamawiającego, w szczególności dotyczącą przyznania punktów w kryterium dotyczącym doświadczenia osób, Izba zważyła, jak poniżej:

Zgodnie z postanowieniem rozdziału VII – Kryteria i sposób oceny ofert pkt 1.1) b) SWZ, Zamawiający przyznawał punkty za doświadczenie osób odpowiedzialnych za nadzór nad robotami budowlanymi o wadze 30%. Kryterium oceny ofert - doświadczenie Kierownika robót telekomunikacyjnych – zostało sformułowane w następujący sposób:

„Punkty w tym kryterium będą przyznane w następujący sposób:

Za doświadczenie Kierownika robót telekomunikacyjnych:

- w przypadku gdy wykazana osoba należycie pełniła funkcję Kierownika robót telekomunikacyjnych przy jednej robocie budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal, budynków garaży) o wartości co najmniej 60.000.000 zł brutto (wartość całej umowy/kontraktu) – 0 pkt (spełnianie warunku udziału w Postępowaniu);

- w przypadku gdy wykazana osoba należycie pełniła funkcję Kierownika robót telekomunikacyjnych przy dwóch robotach budowlanych polegających na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal, budynków garaży) o wartości co najmniej 60.000.000 zł brutto każda (wartość całej umowy/kontraktu) – 2.5 pkt;

- w przypadku gdy wykazana osoba należycie pełniła funkcję Kierownika robót telekomunikacyjnych przy trzech lub więcej robotach budowlanych polegających na budowie lub przebudowie budynku użyteczności publicznej (z wyłączeniem hal, budynków garaży) o wartości co najmniej 60.000.000 zł brutto każda (wartość całej umowy/kontraktu) – 5 pkt. Za doświadczenie Kierownika robót telekomunikacyjnych Zamawiający przyzna maksymalnie 5 pkt."

Przedłożone przez Warbud dowody potwierdzają, że p. P.D. pełnił funkcję kierownika robót telekomunikacyjnych na wskazanej inwestycji. Oświadczenie Pana D. wskazuje jednoznacznie, że pełnił on funkcję kierownika robót telekomunikacyjnych na wskazanej inwestycji oraz, że wpisy do Dziennika Budowy były dokonywane przez Kierownika robót elektrycznych. Pan P.D. pełnił funkcję Kierownika robót telekomunikacyjnych, które zgodnie z dokumentacja projektową wykraczały poza zakres robót wymagających dla specjalności w zakresie robót elektrycznych. Potwierdza ten fakt również umowa nr T-0904/05/2009 z dnia 2.04.2009 r. zawarta pomiędzy ERBUD S.A. a Qumak Sekom S.A.

Odwołujący nie przedstawił dowodu potwierdzającego okoliczności przeciwne. Oświadczenia pracowników Odwołującego z dnia 17 i 23 sierpnia 2023 r. odnośnie uzyskanych informacji (w rozmowie telefonicznej i osobiście), że Pan D. nie dokonywał wpisów do Dziennika Budowy, należy uznać za niewiarygodne, uzyskane pośrednio od osoby, co do której nie można ustalić z jakich źródeł uzyskała przekazane następnie informacje. Ponadto, z treści przedłożonych przez Odwołującego ww. oświadczeń wynika wyłącznie fakt, że Pan M.P. – obecny przedstawiciel właściciela nie znalazł wpisu p. D. w Dzienniku Budowy. Odwołujący nie wykazał również, aby jakaś inna osoba pełniła funkcję Kierownika robót telekomunikacyjnych na wskazanej inwestycji.

Izba zważyła dodatkowo, że Odwołujący nie zaprzeczył także okolicznościom powołanym przez Przystępującego, że ubiegając się udzielenie zamówienia publicznego, Odwołujący Skanska sam wskazywał osobę p. P.D. na stanowisko kierownika robót telekomunikacyjnych i wykazując jego doświadczenie, potwierdzał, że p. P.D. pełnił

funkcję kierownika robót telekomunikacyjnych przy realizacji projektu „Budowa Centrum Handlowego Agora Bytom”,m.in. w postępowaniu, którego przedmiotem była „Budowa nowej siedziby Archiwum Narodowego w Krakowie” znak sprawy: DN.21.1.35.2014. Przystępujący przedłożył jako dowód na tę okoliczność pismo Skanska z dnia 30 stycznia 2017r. wraz z uzupełnionym wykazem osób i JEDZ, informację o wyborze najkorzystniejszej oferty i pierwszą stronę umowy.

Co do zarzutu dotyczącego przyznanej Warbud punktacji za doświadczenie osoby wskazanej na Kierownika robót telekomunikacyjnych, Izba stwierdziła, że nie ma podstaw do zmiany punktacji oferty Warbud w zakresie uzyskanej oceny w ramach ww. kryterium. Zgromadzony w sprawie materiał dowodowy potwierdza, w ocenie Izby, że w zadaniu wskazanym przez ww. wykonawcę w pozycji nr 2 p. P.D. pełnił funkcję Kierownika robót telekomunikacyjnych, był odpowiedzialny za nadzór nad prowadzonymi pracami w tym zakresie i w konsekwencji nabył stosowne doświadczenie, zgodnie z oświadczeniem zawartym w ofercie Warbud.

W powyższym zakresie w odwołaniu został postawiony naruszenia art. 226 ust.1 pkt 7 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Warbud, jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na poświadczeniu nieprawdy w zakresie doświadczenia p. P.D., które to poświadczenie nieprawdy skutkowało przyznaniem maksymalnej ilości punktów w kryterium doświadczenie osób wskazanych do realizacji zadania.

Izba uznała powyższy zarzut za niezasadny, w szczególności wobec faktu, że Odwołujący nie wykazał, że w zakresie doświadczenia Pana D. zostały przedstawione przez ww. wykonawcę nieprawdziwe informacje dotyczące jego doświadczenia w pełnieniu funkcji Kierownika robót telekomunikacyjnych. Odwołujący nie wykazał spełnienia żadnych przesłanek, które mogłyby stanowić podstawę do uznania, iż doszło do złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji wskazującej, że działania wykonawcy Warbud w rozpoznawanej sprawie są wymierzone w sytuację podmiotową Odwołującego oraz mają na celu wyeliminowane Odwołującego z rynku lub zagrażają w inny nieuczciwy sposób interesom Odwołującego

Reasumując zarzuty postawione w odwołaniach wobec oferty złożonej przez Konsorcjum Polimex, Izba stwierdziła naruszenie art. 252 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum Polimex, jako oferty najkorzystniejszej, która podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 226 ust.1 pkt 10 Pzp, jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny. W zakresie pozostałych zarzutów, uwzględnionych przez Izbę, jako zasadnych, Zamawiający został zobowiązany do powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a ostatecznie do powtórzenia także czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła,
jak w sentencji, na podstawie art. 554 ust. 1, 2 i 3 Pzp. Odwołania podlegały uwzględnieniu w części, gdyż stwierdzone przez Izbę naruszenie przepisów ustawy Pzp miało wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 2 pkt 3 w zw. z §7 ust. 4 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący: **…..……...**

……

……