

WYROK

Warszawa, dnia 12 czerwca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 maja 2025 r. przez wykonawcę **FIRMĘ KIPIEL S.C. T.K. i W.K. z siedzibą w miejscowości Bobowa, ul. Grunwaldzka 54, 38-350 Bobowa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Bobowa, ul. Rynek 21, 38-350 Bobowa**

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego – wykonawcy **OLEXBUD2 Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Kąty 175, 32-862 Kąty**

orzeka:

1. Oddala odwołanie
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **FIRMĘ KIPIEL S.C. T.K. i W.K. z siedzibą w miejscowości Bobowa, ul. Grunwaldzka 54, 38-350 Bobowa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **FIRMĘ KIPIEL S.C. T.K. i W.K. z siedzibą w miejscowości Bobowa, ul. Grunwaldzka 54, 38-350 Bobowa** tytułem wpisu od odwołania .

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

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 1891/25

Uzasadnienie

Gmina Bobowa, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym na „Budowę Centrum Opiekuńczo-Mieszkalnego z gabinetami lekarskimi w Jankowej”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 3 marca 2025 r. pod numerem 2025/BZP, 00128806.

W dniu 13 maja 2025 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca FIRMA KIPIEL S.C. T.K. i W.K. z siedzibą w miejscowości Bobowa, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie wobec czynności polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt. 6 ustawy Pzp polegające na jego niewłaściwym zastosowaniu wskutek uznania, że postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie ważnej, niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nakazanie wykonania czynności oceny złożonych w ramach postępowania ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia,
- 2) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł – zgodnie z przedłożoną fakturą oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 17,00 zł.

Odwołujący podał w odwołaniu uzasadnienie do podniesionych zarzutów.

Zamawiający w dniu 13 maja 2025 r. przekazał kopię odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez platformę zakupową <https://platformazakupowa.pl/pn/bobowa>.

W dniu 15 maja 2025 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca OLEXBUD2 Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Kąty, zwany dalej „wykonawcą OLEXBUD2”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

Zamawiający w dniu 20 maja 2025 r. złożył pismo, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie odwołującego na rzecz zamawiającego kosztami postępowania według norm prawem przepisanych.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy OLEXBUD2 Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Kąty, zwanego dalej „wykonawcą OLEXBUD2” lub „przystępującym”, do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez strony i przystępującego do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w Rozdziale VII SWZ „OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA” podał m.in., że „na przedm. zamówienia składa się 5 ELEMENTÓW”, dodając że „PRZEDSTAWIONE ELEMENTY NALEŻY ROZPATRYWAĆ KOMPLEKSOWO PODCZAS REALIZACJI ZADANIA”.

Nadto w rozdziale XIX SWZ „SPOSÓB OBLICZENIA CENY”, pkt 1 wskazał, że *„oferta musi zawierać łączną cenę brutto za wykonanie całości przedmiotu zamówienia”*.

Zamawiający, pismem z dnia 26 marca 2025 r., odpowiadając na „zapytania do SWZ w podał m.in.:

„Pytanie 1:

Prosimy o podanie klasyfikacji budynku PKOB.

Odpowiedź:

Symbol obiektu wg PKOB – 1264.”.

W postępowaniu oferty złożyło ośmiu wykonawców.

Zamawiający wezwał wszystkich wykonawców, którzy złożyli ofertę, w zależności od tego czy wskazali jedną stawkę podatku VAT czy dwie odpowiednio do:

„wyjaśnienia treści oferty w zakresie prawidłowości zastosowania dwóch stawek VAT oraz ich wysokości w odniesieniu do poszczególnych elementów zamówienia wymienionych w harmonogramie inwestorskim” lub „Wyjaśnienia treści oferty w zakresie prawidłowości zastosowania jednej stawki VAT oraz jej wysokości w odniesieniu do poszczególnych elementów zamówienia wymienionych w harmonogramie inwestorskim”.

Wykonawcy, udzielając wyjaśnień, odwoływali się do odpowiedzi na zapytania wykonawców udzielonej przez zamawiającego w dniu 26 marca 2025 r., w której zamawiający podał klasyfikację budynku wg PKOB, wskazując „Symbol obiektu wg PKOB – 1264 i „budynek posiada kod PKOB o numerze 1264”, jak również „Zamówienie potraktowano jako usługę kompleksową i zastosowano wyższą stawkę VAT w wysokości 23%, jednocześnie sugerując się zapisem w SWZ na stronie 9 *Przedstawione elementy należy rozpatrywać kompleksowo podczas realizacji zadania* oraz „Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zamówienie obejmuje 5 etapów, na które składają się różne rodzajowo roboty budowlane: (...)

W naszej ofercie uwzględniliśmy dla części robót objętych zamówieniem stawkę podatku VAT w wysokości 23 %, a dla części robót objętych zamówieniem stawkę podatku VAT w wysokości 8 %”.

Część wykonawców podała natomiast, że „*przy określaniu stawki podatku vat, przyjętej do wyceny oferty, Wykonawca sugerował się stawką vat zawartą w załączniku nr 9 do SWZ – Wzór umowy. Zgodnie z zapisami paragrafu 7 punkt 1 wzoru umowy*”, przyjmując jedną stawkę podatku VAT, tj. 23%, jak również „*w zakresie prawidłowości zastosowania jednej stawki VAT oraz jej wysokości w odniesieniu do poszczególnych elementów zamówienia wymienionych w harmonogramie inwestorskim, informujemy, że wg naszej interpretacji podatkowej zasadna jest zastosowana stawka*” oraz, że w „*treści specyfikacji warunków zamówienia nie ujęto jednoznacznie stawki lub stawek podatku VAT dla przedmiotu zamówienia jaką należy zastosować przy obliczaniu ceny. Zamówienie publiczne dotyczy kompleksowego świadczenia usług, dlatego*

też przyjęto stawkę z świadczeniem głównym, tj. stawką VAT 23%.”.

Zamawiający, działając na podstawie art. 254 ust. 2 ustawy Pzp, pismem z dnia 8 maja 2025 r., poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, wskazując że „doszło do sytuacji nieporównywalności ofert oraz nie można doprowadzić do ich porównywalności z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a nieporównywalność ofert wynika z postanowień SWZ. Zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia w Rozdziale VII pn. Opis przedmiotu zamówienie (strona 9) zawarł następujący zapis: „PRZEDSTAWIONE ELEMENTY NALEŻY ROZPATRYWAĆ KOMPLEKSO PODCZAS REALIZACJI ZADANIA”, natomiast w dniu 26.03.2025 r. w odpowiedzi na zapytania do SWZ, Zamawiający przekazał za pomocą platformy zakupowej następujące informacje:

„Pytanie 1:

Prosimy o podanie klasyfikacji budynku wg PKOB.

Odpowiedź:

Symbol obiektu wg PKOB – 1264.”

Po otwarciu ofert złożonych w postępowaniu na realizację zadania pn. „Budowa Centrum Opiekuńczo-Mieszkalnego z gabinetami lekarskimi w Jankowej” w systemie zaprojektuj i wybuduj, podczas czynności ich badania, Zamawiający powziął informację, że Oferenci wyliczając cenę ofert brutto zastosowali różne wysokości stawki podatku VAT, tj. 23% oraz 8% i 23%.

W związku z powyższym Zamawiający w dniu 16.04.2025 r. wezwał wszystkich Oferentów do złożenia wyjaśnień, m. in. w zakresie prawidłowości zastosowania poszczególnych stawek VAT w ofertach.

Wszyscy Oferenci odpowiedzieli we wskazanym terminie na wezwanie Zamawiającego składając wyjaśnienia w ww zakresie.

Z wyjaśnień przekazanych przez część Oferentów wynika, że zastosowali jedynie stawkę podatku VAT w wysokości 23% przyjmując jako podstawę - „kompleksowe” wykonanie usług lub robót budowlanych – na podstawie informacji zawartych w SWZ.

Natomiast w przypadku wyjaśnień złożonych przez część Oferentów, którzy zastosowali dwie stawki podatku VAT w wysokości 8% i 23% wynika, że oparli się oni na wskazanej przez Zamawiającego klasyfikacji budynku wg PKOB – 1264, która pozwala na zastosowanie dla części robót preferencyjnej stawki podatku VAT.

W związku z tym oferty, które wpłynęły w przedmiotowym postępowaniu są nieporównywalne w ramach przyjętego kryterium oceny ofert.”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 255 pkt 6 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: (...) postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Przesłanki do zastosowania tego przepisu zobowiązany jest wykazać zamawiający.

Unieważnienie postępowania na podstawie tego przepisu wymaga więc ustalenia:

- 1) czy w danym stanie faktycznym wystąpiła wada postępowania a więc czy doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie,
- 2) czy stwierdzone naruszenia stanowi wadę niemożliwą do usunięcia,
- 3) czy wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Przepis ten dotyczy takich uchybień proceduralnych, które nie mogą być skorygowane przez zamawiającego w toku postępowania poprzez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności. Wada taka musi mieć więc nieusuwalny charakter. Wada ta musi jednocześnie uniemożliwiać zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i tkwić w procedurze postępowania. Oznacza to więc, że kwestię unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp należy rozpatrywać łącznie z art. 457 ust. 1 i 5 ustawy Pzp, w których wymienione są wszystkie przypadki naruszenia ustawy powodujące konieczność unieważnienia umowy. Wystąpienie innych wad w postępowaniu nie może być powodem jego unieważnienia na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Taka konstrukcja przepisu prowadzi do wniosku, że nawet wystąpienie wady w sposób oczywisty wypaczającej wynik postępowania nie daje zamawiającemu prawa do unieważnienia postępowania.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że w przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło ośmiu wykonawców, którzy wyjaśniając kwestię zastosowanej stawki podatku VAT, o prawidłowość zastosowania której zamawiający zapytał wszystkich wykonawców, wskazali przyczyny, dla których stawka ta była różnie przez nich określona. Powód, co wprost wynika z udzielonych odpowiedzi, był jeden a mianowicie postanowienia SWZ i odpowiedzi udzielone przez zamawiającego na zapytania wykonawców. Treść SWZ i odpowiedzi na pytania wykonawców nie była bowiem jednoznaczna. Informacje zawarte w treści SWZ (Opisie przedmiotu zamówienia) wskazywały na konieczność zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 23%, natomiast odpowiedź na pytanie

wykonawców z dnia 26 marca 2025 r. wskazywała na konieczność zastosowania stawki podatku VAT w wysokości 8% i 23%. Stąd też wykonawcy złożyli oferty z różnymi stawkami podatku VAT. Tymczasem w celu prawidłowego rozliczenia podatku od towarów i usług jedną z najważniejszych czynności jest określenie prawidłowej stawki podatku VAT.

Tego błędu nie da się więc usunąć na obecnym etapie postępowania. Konsekwencją błędu zamawiającego jest więc wada tego konkretnego postępowania dotycząca istotnej kwestii jaką jest konieczność zastosowania prawidłowej stawki podatku VAT. A ponieważ wykonawcy, kierując się sprzecznymi informacjami zamawiającego (zawartymi w SWZ (OPZ) i odpowiedziami na pytania wykonawców), zastosowali różne stawki podatku VAT doszło do złożenia nieporównywalnych ofert, czego obecnie nie da się już usunąć.

Zbadanie czy wykonawcy przyjęli prawidłowe stawki podatku VAT jest jednym z obowiązków zamawiającego wynikających z ustawowej zasady równego traktowania wykonawców, z którego to obowiązku zamawiający niewątpliwie się wywiązał, wyjaśniając tę kwestię. Stawki podatku VAT we wszystkich ofertach powinny być bowiem prawidłowe i jednakowe, po to by oferty były w pełni porównywalne. Tak też wynika m.in. z uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. (sygn. akt III CZP 52/11), w której SN orzekł, iż o porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny, można mówić tylko wtedy, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównywania, zostały obliczone przez wykonawców z zachowaniem tych samych reguł.

Izba, uznając prawidłowość unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w zakresie dotyczącym wady postępowania polegającej na przekazaniu wykonawcom sprzecznych informacji co do stawki podatku VAT, która ma być zastosowana, nie podziela natomiast stanowiska zamawiającego w zakresie dotyczącym błędnego określenia warunku udziału w postępowaniu. W tym zakresie są to jedynie gołosłowne i niczym nie poparte twierdzenia zamawiającego. Co więcej w tym postępowaniu złożono aż osiem ofert i jest to niewątpliwie większa ilość ofert niż składana średnio w postępowaniach o udzielenie zamówienia. Tak więc druga ze wskazanych przez zamawiającego wad nie miała wpływu na przebieg tego postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

Izba nie zasądziła na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa przed Izbą. Zamawiający złożył wniosek o zasądzenie kosztów według norm prawem przepisanych. Niemniej jednak przepisy rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) w § 5 pkt 2 lit. b) przewidują możliwość zasądzenia wynagrodzenia pełnomocnika wyłącznie w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów złożonych do akt sprawy. Tymczasem pełnomocnik zamawiającego takich dokumentów nie złożył.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 2) w zw. z § 5 pkt 1) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca: