

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 3 sierpnia 2017 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 5 lipca 2017 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Zamawiającego: **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej
w Inowrocławiu sp. z o.o.
ul. ks. P. Wawrzyniaka 33, 88-100 Inowrocław**

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 24 czerwca 2017 r. (znak: UZP/DKD/KND/3/17) określającej naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, których przedmiotem jest:

„Docieplenie ścian zewnętrznych wraz z kolorystyką elewacji oraz izolacja ścian piwnic i remont klatek schodowych w budynku Wspólnoty Mieszkaniowej Sikorskiego 26-28 w Inowrocławiu”

prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia: 399 480,97 zł (94 553,95 euro)

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Członkowie: Ewa Sikorska

Agata Mikołajczyk

wyraża następującą opinię: zastrzeżenia Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej przedstawionego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 24 czerwca 2017 r. – nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

W wyniku kontroli doraźnej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego przez Zamawiającego: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Inowrocławiu sp. z o.o., Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zwany dalej „Prezesem UZP”, „Prezesem Urzędu” lub „Kontrolującym”, wskazał w Informacji o wyniku kontroli doraźnej wszczętej na wniosek, zwanej dalej też „Informacją o wyniku kontroli”, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, przedstawione w Informacji o stwierdzeniu naruszeń w punktach 1-6.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 8 lipca 2015 r. pozycja 101467 - 2015. Do postępowania o udzielenie zamówienia oraz kontroli postępowania miały zastosowanie przepisy ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym przed jej nowelizacją obowiązującą od 28 lipca 2016 r. (ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020).

Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej w zakresie stwierdzonych naruszeń, kwestionując ocenę Prezesa UZP.

Prezes Urzędu nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego, podtrzymał stanowisko dotyczące naruszeń wyrażone w Informacji o wyniku kontroli oraz przedstawił zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp (pismo z dnia 21 lipca 2017 r.).

Stan sprawy w zakresie zastrzeżeń podlegających opiniowaniu, przedstawiający stanowiska Prezesa Urzędu i Zamawiającego, jest następujący.

2. Informacja o stwierdzeniu naruszeń zamieszczona w Informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Prezes Urzędu stwierdził następujące nieprawidłowości:

1. Przedmiotem zamówienia były roboty budowlane polegające na dociepleniu ścian zewnętrznych wraz z kolorystyką elewacji oraz izolacja ścian piwnic i remont klatek schodowych w budynku Wspólnoty Mieszkaniowej Sikorskiego 26-28 w Inowrocławiu. Zamówienie obejmowało m.in.:

- a) docieplenie stropu nad piwnicami systemem natryskowym,
- b) docieplenie ścian zewnętrznych wraz z kolorystyką elewacji,
- c) izolację ścian piwnic z wykonaniem opaski wokół budynku,
- d) drenaż opaskowy,

- e) docieplenie części dachu do dolnej linii okien dachowych,
- f) remont klatek schodowych z wymianą okien.

Z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia wynika, że oferta konsorcjum firm: PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUT W. B. (zwanego dalej „Konsorcjum”) zawierała jednolitą stawkę VAT w wysokości 8% w odniesieniu do całości prac, natomiast oferta wykonawcy PHU MEGA sp. z o.o. – 23% stawkę VAT w odniesieniu do części robót związanych z drenażem opaskowym oraz stawkę VAT 8% dotyczącą pozostałych prac ujętych w kosztorysie. Jednocześnie wykonawca PHU MEGA sp. z o.o., chociaż przewidział w ofercie stawkę podatku VAT w wysokości 23% w odniesieniu do prac polegających na drenażu, to jednak roboty wyszczególnione w poz. 33-35, 40, 51-53 kosztorysu, dotyczące opaski wokół budynku, objął 8% stawką podatku VAT. Tymczasem, zgodnie z ugruntowanym poglądem doktryny oraz orzecznictwem sądów, opaska drenująca, wykonywana z kostki brukowej wokół budynku została uznana za robotę poza bryłą budynku, do której nie ma zastosowania preferencyjna stawka podatku VAT (por. interpretacja Izby Skarbowej z dnia 8 lutego 2012 r. (ITPP1/443-1389/12/AP). Zgodnie z art. 41 ust. 12 - 12c ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku o towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2011 r., Nr 177, poz. 1054 ze zm.), do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym stosuje się stawkę VAT w wysokości 8%. Jednakże, jak wynika z orzecznictwa sądów administracyjnych oraz indywidualnych interpretacji podatkowych izb skarbowych, zastosowanie preferencyjnej, 8% stawki VAT jest możliwe tylko w odniesieniu do prac wykonywanych w bryle budynku, natomiast dla prac wykonywanych poza bryłą budynku stosuje się podstawową stawkę podatku w wysokości 23%. Taki pogląd znajduje potwierdzenie m.in. w uchwale NSA z dnia 3 czerwca 2013 r. (sygn. akt I FPS 7/12) a także interpretacji indywidualnej Izby Skarbowej w Łodzi z dnia 9 września 2011 r. (IPTPP2/443-208/11-4/IR) oraz Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 16 września 2014 r. (IBPP2/443-535/14/WN).

W toku postępowania wyjaśniającego Zamawiający poinformował, że nie badał prawidłowości stawek VAT ujętych w ofertach ani też nie zwracał się w tym zakresie o wyjaśnienia do wykonawców, jednakże zastosowanie przez wykonawcę PHU MEGA sp. z o.o. stawki VAT w wysokości 23% w odniesieniu do prac polegających na wykonaniu drenażu uznał za prawidłowe.

Zamawiający w SIWZ nie wskazał prawidłowej stawki podatku VAT, zastrzegając jedynie, że cena ma być podana w złotych polskich z wyodrębnieniem wartości podatku VAT.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny.

Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 października 2011 (sygn. akt III CZP 52/11) stwierdził, że błędna stawka podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeśli brak jest ustawowych przesłanek do stwierdzenia omyłki podlegającej poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z uzasadnienia orzeczenia wynika, że „(...) Zakres obowiązków kontrolnych zamawiającego i kształt nakazanych ustawą, chronologicznie ujętych, kolejnych jego obowiązków warunkowany jest treścią SIWZ. Jedynie wówczas, jeśli Zamawiający wskazał w SIWZ konkretną stawkę podatku VAT, kształtującą przecież także wysokość określonej w ofercie ceny, to dopiero wtedy może dojść do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w SIWZ. Niezgodność taka uzasadniałaby obowiązek poprawienia oferty i to tylko wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Natomiast w sytuacji, w której zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (...). W tej ostatnio wskazanej sytuacji w rachubę wchodzi wyłącznie ocena wystąpienia błędu w obliczeniu ceny.”

Mając powyższe na uwadze, Prezes Urzędu stwierdził, że obydwie oferty zawierały nieprawidłową stawkę podatku VAT, a zatem powinny być odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Z dokumentacji postępowania wynika, że oferta wykonawcy konsorcjum firm: PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUT W. B. została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zatem zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Jednocześnie, zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy PHU MEGA sp. z o.o. zawierającej błędną stawkę podatku VAT, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, stanowi naruszenie tego przepisu.

W okolicznościach sprawy naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, ponieważ odrzucenie obydwu złożonych w postępowaniu ofert obligowałoby Zamawiającego do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

2. W kosztorysie ofertowym wykonawcy PHU MEGA sp. z o.o., wykonawca ten wskazał:

- a) w pozycji 2 ilość 983,25 m² (i cenę jednostkową 7,60, co dawało wartość ww. pozycji 7,474,47 zł), podczas gdy wykonawcy zgodnie z przedmiarem robót powinni wycenić w tej pozycji roboty budowlane w ilości 899,760 m² (zgodnie z przedmiarem robót);
- b) w pozycji 3 ilość 120,7 m² (i cenę jednostkową 5,82, co dawało wartość ww. pozycji 702,01 zł), podczas gdy wykonawcy zgodnie z przedmiarem robót powinni wycenić w tej pozycji roboty budowlane w ilości 154,99 m² (zgodnie z przedmiarem robót);

- c) w pozycji 4 ilość 20,90 m² (i cenę jednostkową 5,45, co dawało wartość ww. pozycji 113,81 zł), podczas gdy wykonawcy zgodnie z przedmiarem robót powinni wycenić w tej pozycji roboty budowlane w ilości 28,45 m² (zgodnie z przedmiarem robót);
- d) w pozycji 5 ilość 33,40 m² (i cenę jednostkową 57,19, co dawało wartość ww. pozycji 1 910,23 zł), podczas gdy wykonawcy zgodnie z przedmiarem robót powinni wycenić w tej pozycji roboty budowlane w ilości 45,52 m² (zgodnie z przedmiarem robót);
- e) w pozycji 8 ilość 137 m² (i cenę jednostkową 33,55, co dawało wartość ww. pozycji 4596,71 zł), podczas gdy wykonawcy zgodnie z przedmiarem robót powinni wycenić w tej pozycji roboty budowlane w ilości 134 m² (zgodnie z przedmiarem robót);
- f) w pozycji 15 ilość 520,074 m² (i cenę jednostkową 4,94, co dawało wartość ww. pozycji 2567,50 zł), podczas gdy wykonawcy zgodnie z przedmiarem robót powinni wycenić w tej pozycji roboty budowlane w ilości 761,61 m² (zgodnie z przedmiarem robót);
- g) w pozycji 16 ilość 726,30 m² (i cenę jednostkową 4,57, co dawało wartość ww. pozycji 68 684,34 zł), podczas gdy wykonawcy zgodnie z przedmiarem robót powinni wycenić w tej pozycji roboty budowlane w ilości 669,91 m² (zgodnie z przedmiarem robót);
- h) w pozycji 17 ilość 726,30 m² (i cenę jednostkową 10,57, co dawało wartość ww. pozycji 7 674,28 zł), podczas gdy wykonawcy zgodnie z przedmiarem robót powinni wycenić w tej pozycji roboty budowlane w ilości 669,91 m² (zgodnie z przedmiarem robót);
- i) w pozycji 18 ilość 22,52 m² (i cenę jednostkową 31,63, co dawało wartość ww. pozycji 712,26 zł), podczas gdy wykonawcy zgodnie z przedmiarem robót powinni wycenić w tej pozycji roboty budowlane w ilości 39,82 m² (zgodnie z przedmiarem robót);
- j) w pozycji 22 ilość 74,40 m² (i cenę jednostkową 117,71, co dawało wartość ww. pozycji 8 757,47 zł), podczas gdy wykonawcy zgodnie z przedmiarem robót powinni wycenić w tej pozycji roboty budowlane w ilości 101,49 m² (zgodnie z przedmiarem robót);
- k) w pozycji 23 ilość 74,40 m² (i cenę jednostkową 10,57, co dawało wartość ww. pozycji 786,14 zł), podczas gdy wykonawcy zgodnie z przedmiarem robót powinni wycenić w tej pozycji roboty budowlane w ilości 101,49 m² (zgodnie z przedmiarem robót);
- l) w pozycji 30 ilość 115,305 m² (i cenę jednostkową 5,72, co dawało wartość ww. pozycji 659,62 zł), podczas gdy wykonawcy zgodnie z przedmiarem robót powinni wycenić w tej pozycji roboty budowlane w ilości 180,705 m² (zgodnie z przedmiarem robót);
- ł) w pozycji 35 ilość 170,63 m³ (i cenę jednostkową 116,34, co dawało wartość ww. pozycji 19 852,39 zł), podczas gdy wykonawcy zgodnie z przedmiarem robót powinni wycenić w tej pozycji roboty budowlane w ilości 121,885 m³ (zgodnie z przedmiarem robót);
- m) w pozycji 44 ilość 67 m² (i cenę jednostkową 3,45, co dawało wartość ww. pozycji 230,99 zł), podczas gdy wykonawcy zgodnie z przedmiarem robót powinni wycenić w tej pozycji roboty budowlane w ilości 93,80 m² (zgodnie z przedmiarem robót);

- n) w pozycji 45 ilość 67 m² (i cenę jednostkową 13,46, co dawało wartość ww. pozycji 901,99 zł), podczas gdy wykonawcy zgodnie z przedmiarem robót powinni wycenić w tej pozycji roboty budowlane w ilości 93,80 m² (zgodnie z przedmiarem robót);
- o) w pozycji 56 ilość 36,912 m² (i cenę jednostkową 14,41, co dawało wartość ww. pozycji 531,94 zł), podczas gdy wykonawcy zgodnie z przedmiarem robót powinni wycenić w tej pozycji roboty budowlane w ilości 184,56 m² (zgodnie z przedmiarem robót).

Mając na uwadze powyższe Prezes Urzędu podniósł, że w przedstawionym stanie faktycznym Zamawiający zobowiązany był zastosować przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający poprawia w ofercie wykonawców inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

W odniesieniu do błędów w kosztorysie ofertowym wykonawcy konsorcjum firm: PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUT W. B. stwierdził, że istotnie w poz. 62-64 (wywóz i utylizacja ziemi) podana była błędna ilość ziemi, tj. 12 885 m³ zamiast 121 885 m³. Niemniej jednak w poz. 71 kosztorysu znajduje się dodatkowa pozycja pn. „utylizacja ziemi”, w której jako ilość wskazano 152,667 m³, cenę jednostkową 17,60 zł a wartość 2687,12 zł. Powyższa kwestia mogła podlegać wyjaśnieniu na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Z kolei w poz. 12 kosztorysu konsorcjum firm: PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUT W. B. wskazało ilość 669,91 m² (i cenę jednostkową 4,31 zł, co dawało wartość ww. pozycji 2887,31 zł), podczas gdy wykonawcy zgodnie z przedmiarem robót powinni wycenić w tej pozycji roboty budowlane w ilości 761,61 m² (zgodnie z przedmiarem robót); podobnie w poz. 13 kosztorysu - ilość 669,91 m² (i cenę jednostkową 96,67 zł, co dawało wartość ww. pozycji 64 760,20 zł), podczas gdy wykonawcy zgodnie z przedmiarem robót powinni wycenić w tej pozycji roboty w ilości 761,61 m².

Ww. błędy w ilości jednostek miary wyżej wskazanych pozycji przedmiarowych w ofercie Konsorcjum miały charakter omyłek, o jakich mowa w treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W związku z powyższym, poprawienie przez zamawiającego ww. pozycji przedmiarowych w ofercie Konsorcjum dotyczące ilości było możliwe do dokonania i nie ingerowałoby w sposób istotny w treść złożonej oferty. Tym samym uznał, że Zamawiający był zobligowany do poprawienia ww. omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i niezwłocznego zawiadomienia o tym ww. wykonawcy.

Zawarte w ww. przepisie pojęcie „innej omyłki” nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako błąd techniczny w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażeń czy wartości, czy wszelkich innych powstających bez świadomości ich wystąpienia przeoczeń i braków prowadzących do niezgodności oferty ze

specyfikacją. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie dopuszczalności poprawiania innych omyłek, polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Przykładowo z wyroku z dnia 30 czerwca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1127/10) wynika, że *„zamawiający w przedmiarach poszczególnych robót jasno wskazał ilości robót jakie należy przyjąć do sporządzenia kosztorysu. Tym samym w ocenie Izby nie ma najmniejszych wątpliwości jakie wielkości poszczególnych robót winny się znaleźć w omyłkowo przyjętych przez Odwołującego pozycjach kosztorysu. W związku z powyższym zamawiający winien poprawić ofertę Konsorcjum poprzez przyjęcie w wadliwych pozycjach kosztorysu ilości robót wskazanych w przedmiarach robót załączonych do siwz i dokonać wyliczenia ceny całej pozycji na podstawie tych danych, a następnie skorygowanie o uzyskaną kwotę cenę oferty w danej części zamówienia a następnie konsekwentnie dokonać zmiany kwoty oferty dla całości zamówienia”*.

Kontrolujący wskazał, że poprawienie oczywistych omyłek w ofercie wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest obowiązkiem zamawiającego w każdym przypadku, niezależnie od tego, czy oferta podlegałaby odrzuceniu na podstawie ew. innych przesłanek wymienionych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający jest zobowiązany wskazać wykonawcy wszystkie przesłanki odrzucenia jego oferty, w celu umożliwienia mu ewentualnego skorzystania ze środków ochrony prawnej (zob. wyrok KIO z dnia 30 marca 2012 r., sygn. akt KIO 538/12).

Biorąc pod uwagę powyższe, działanie Zamawiającego polegające na zaniechaniu poprawienia wskazanych wyżej omyłek w ofertach wykonawcy PHU MEGA sp. z o.o. oraz konsorcjum firm: PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUT W. B. stanowiło naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

3. Wykonawca PHU MEGA sp. z o.o. nie wskazał w kosztorysie ofertowym wyceny poz. 4.7, 4.10 oraz 1.9 przedmiaru robót. Z kolei wykonawca konsorcjum firm: PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUT W. B. w poz. 62-64 (wywóz i utylizacja ziemi) wskazał błędną ilość ziemi, tj. 12 885 m³ zamiast 121 885 m³. Niemniej jednak w poz. 71 kosztorysu Konsorcjum znajduje się dodatkowa pozycja pn. „utilizacja ziemi”, w której jako ilość wskazano 152,667 m³, cenę jednostkową 17,60 zł a wartość 2687,12 zł. Zamawiający nie zwrócił się do wykonawców z prośbą o udzielenie wyjaśnień, czy niewycenione pozycje zostały ewentualnie ujęte w innych pozycjach kosztorysu, jak również, z czego wynikają rozbieżności w podanej ilości utylizowanej ziemi w kosztorysie Konsorcjum.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.

Działanie Zamawiającego, polegające na zaniechaniu wyjaśnienia, czy wskazane powyżej brakujące pozycje przedmiaru w ofertach wykonawcy PHU MEGA sp. z o.o. oraz konsorcjum firm: PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUT W. B. zostały uwzględnione w innych pozycjach kosztorysów ww. ofert stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

4. Zamawiający w SIWZ oprócz kryterium ceny ustanowił także pozacenowe kryterium oceny ofert pn. „Jakość wykonanych robót”. W kryterium tym były brane pod uwagę „pochwały, nagrody, i certyfikaty zdobyte przez wykonawcę w ciągu swojej działalności”, które wykonawca zobowiązany był dołączyć do swojej oferty. Zgodnie z opisem ww. kryterium, maksymalna liczba punktów, jaką mogła uzyskać oferta w tym kryterium wynosiła 20. Sposób przyznawania punktów w ramach tego kryterium był następujący:

- a) mniej niż 2 dokumenty – 0 punktów,
- b) 2 dokumenty – 30 punktów,
- c) 3 dokumenty – 50 punktów
- d) 4 dokumenty – 70 punktów
- e) 5 dokumentów – 80 punktów
- f) powyżej 5 dokumentów – 100 punktów.

Jednocześnie, przedmiotem kontrolowanego zamówienia była robota budowlana polegająca na dociepleniu ścian budynku oraz remoncie klatek schodowych. Przedmiot zamówienia stanowiły usługi o charakterze priorytetowym, jako wskazane w wykazie usług o charakterze priorytetowym, stanowiącym załącznik do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. z 2010 r. Nr 12, poz. 68).

Analiza ww. kryterium oceny ofert wskazuje, że odnosiło się ono do właściwości wykonawcy, gdyż dotyczyło określonych cech konkretnego podmiotu, niezwiązanych z realizacją kontrolowanego zamówienia.

Kontrolujący wskazał, że zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dacie prowadzenia przedmiotowego postępowania, kryteriami oceny ofert były cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji. Jednocześnie zgodnie z art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Tym samym zamawiający nie był uprawniony do ustalenia kryteriów oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy. Zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy Pzp, wyłączenie stosowania art. 91 ust. 3 ustawy Pzp możliwe jest jedynie w postępowaniach, których przedmiotem są usługi o charakterze niepriorytetowym.

Z nazwy kryterium wynika, że intencją Zamawiającego było zastosowanie pozacenowego kryterium oceny ofert dotyczącego jakości przedmiotu zamówienia. Jednakże sposób sformułowania tego kryterium należy uznać za niezgodny z treścią art. 91 ust. 3 ustawy Pzp. Kryterium to nie odnosi się w ogóle do przedmiotu niniejszego zamówienia. Ze sformułowania „pochwały, nagrody, i certyfikaty zdobyte przez wykonawcę w ciągu swojej działalności” wynika, że dokumenty te miały dotyczyć przedsięwzięć, które miały miejsce w przeszłości, nie zaś oferowanych aktualnie przez wykonawcę robót budowlanych.

Zastosowane przez Zamawiającego sformułowanie wskazuje, że pochwały, nagrody i certyfikaty miały świadczyć o należyтым wykonaniu w przeszłości przez wykonawcę pewnych przedsięwzięć, a zatem dotyczyć jego doświadczenia. Powyższe okoliczności mogły zostać zbadane w ramach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie zaś na etapie oceny ofert.

Mając na uwadze powyższe, Prezes Urzędu stwierdził, że zamawiający określając kryterium oceny ofert na podstawie właściwości wykonawcy naruszył art. 91 ust. 2 oraz art. 91 ust. 3 ustawy Pzp.

5. W dokumentacji kontrolowanego postępowania (protokół, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty) brak jest informacji o liczbie punktów przyznanych ofercie wykonawcy PHU MEGA sp. z o.o., zgodnie z opisem kryteriów określonym w SIWZ.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie prowadzenia przedmiotowego postępowania, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o: 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, uzasadnienie jej wyboru oraz nazwy (firmy) albo imienia i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację (...).

Z kolei zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający w SIWZ określił sposób przyznawania punktów ofertom w ramach każdego z przyjętych kryteriów oceny ofert. Okoliczność, że wskutek odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum firm: PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUT W. B. oferta wykonawcy PHU MEGA sp. z o.o. była jedyną ofertą podlegającą ocenie, nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku dokonania jej oceny zgodnie z opisem sposobu oceny ofert wskazanym w SIWZ.

Biorąc powyższe pod uwagę, działanie Zamawiającego polegające na nie dokonaniu oceny punktowej oferty wykonawcy PHU MEGA sp. z o.o. stanowi naruszenie art. 91 ust. 1

ustawy Pzp, natomiast nie poinformowanie wykonawców o ilości punktów przyznanych ofercie w ocenie punktowej oferty uznanej za najkorzystniejszą, stanowi naruszenie art. 92 ust. 1 ustawy Pzp.

6. Jak wynika z treści pkt III.3.5 ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt V SIWZ, Zamawiający w celu oceny spełniania warunku zdolności ekonomicznej wymagał wykazania, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności w zakresie prowadzonej działalności. Jednocześnie w żadnym z ww. dokumentów Zamawiający nie doprecyzował, na jaką wartość powinna opiewać polisa aby wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie prowadzenia postępowania, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Powyższe oznacza, że zamawiający stawiając warunki udziału w postępowaniu jest zobowiązany do ich precyzyjnego sformułowania i powiązania z udzielanym zamówieniem.

Z kolei, stosownie do treści art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w momencie wszczęcia postępowania, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

Jak wynika z § 1 ust. 1 pkt 11 ww. rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie dokumentów, w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może żądać m.in. opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Jednakże w sytuacji, w której zamawiający nie opisuje sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej, tj. nie określa, jaka jest minimalna wymagana wartość polisy ubezpieczeniowej, nie można uznać, że żądany dokument, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie dokumentów (opłacona polisa) jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania, gdyż w takim wypadku dokument ten nie służy potwierdzeniu spełniania żadnego sprecyzowanego warunku udziału w postępowaniu.

Brak wskazania przez Zamawiającego w treści warunku minimalnej sumy posiadanego ubezpieczenia oznacza, że warunek ten został sformułowany w sposób niedookreślony

i niezwiązany z przedmiotem zamówienia. Powyższe stanowi naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 4 i 5 ustawy Pzp.

W konsekwencji Kontrolujący stwierdził, że formułując warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej bez wskazania konkretnej kwoty ubezpieczenia na jaką miała być wystawiona polisa, zamawiający naruszył też art. 25 ust. 1 w związku z art. 22 ust. 1 i 5 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia wskazując, że pragnie zwrócić uwagę na:

Oдноśnie zarzutu z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Ad 1. Zamawiający pragnie zauważyć, że wątpliwości w sprawie podatku VAT zaistniały na etapie badania ofert. Firma PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUT W. B. (zwana dalej „Konsorcjum”) zawierała jednolitą stawkę VAT w wysokości 8% w odniesieniu do całości prac, natomiast oferta wykonawcy PHU MEGA Sp. z o.o. 23% stawkę VAT w odniesieniu do części robót związanych z drenażem opaskowym oraz stawkę 8% dotyczącą pozostałych prac ujętych w kosztorysie. Chociaż wykonawca PPHU MEGA Sp. z o.o. przewidział w ofercie stawkę VAT w wysokości 23% w odniesieniu do prac polegających na drenażu, to jednak powyższe roboty w kosztorysie ofertowym objął 8% stawką podatku VAT. Dlatego zamawiający uznał, że obie oferty zastosowały prawidłowo podstawową stawkę 8% VAT dla tego konkretnego zamówienia. Potwierdzeniem decyzji jest fakt, że zamawiający również przyjął w tym postępowaniu podstawową stawkę VAT 8% dla całości zamówienia. Takie samo stanowisko przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza wskazując, że jeżeli podatnik ma wątpliwości, jaką stawkę VAT ma zastosować powinien zastosować stawkę podstawową dla całości zamówienia. Jednocześnie Izba stwierdza, że nie można podatnikowi, w szczególności w sytuacjach, w których mogą zrodzić się wątpliwości, co do oceny prawnopodatkowej konkretnego zdarzenia gospodarczego, odebrać prawa do zastosowania stawki podatkowej, która przecież nie niesie ze sobą negatywnych konsekwencji prawnopodatkowych, w tym karnoskarbowych (wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 30 kwietnia 2012 r. sygn. akt 785/12; z dnia 10 kwietnia 2013 r. sygn. akt KIO 735/13 i z dnia 6 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 157/15). Należy zauważyć, że problematyka oceny zastosowania stawki jednolitej do wszystkich prac objętych powyższym zamówieniem budzi duże wątpliwości w praktyce i faktycznie sprowadza się do oceny czy przedmiotem zamówienia jest świadczenie złożone (kompleksowe). Zdaniem zamawiającego to postępowanie jest niepodzielne i ma charakter kompleksowy. Potwierdzeniem tego założenia jest to, że wykonanie ocieplenia elewacji składało się z prac wykonywanych nad poziomem gruntu i poniżej poziomu gruntu. Prace wykonane poniżej poziomu gruntu to ocieplenie piwnicy. Ocieplenie piwnicy wykonane było w obszarze warstw wodonośnych (znaczące zawilgocenie, napór wody na ściany w piwnicy).

Dla prawidłowego wykonania ocieplenia wykonano drenaż. Prace drenackie polegające na ułożeniu rurek drenacji, podsypki drenującej, geowłókniny są nierozdzielnie związane z wykonaniem ocieplenia piwnic, rys. 2 i 3 w projekcie budowlanym. Wykonanie prawidłowego uszczelnienia typu makroszlamu uszczelniającego wykonywane było na ociepleniu i jest częścią prac drenarskich, drenażu. Zalecane technologicznie jest więc by prace te były wykonywane łącznie i w tym samym czasie. Dzięki temu uzyska się najlepszy efekt szczelności, prawidłowego działania ocieplenia piwnicy i całego budynku. Dlatego cała dokumentacja techniczna była przygotowana kompleksowo jak w opisie przedmiotu zamówienia.

Koncepcja tak zwanych świadczeń złożonych (kompleksowych) nie wynika z przepisów podatkowych, zarówno krajowych, jak i unijnych, lecz wypracowana została w orzecznictwie ETS i sądów krajowych na tle konkretnych stanów faktycznych. I tak w wyroku z dnia 25 lutego 1999 r. w sprawie C-349/96 Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej 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”. Natomiast sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 6 maja 2009 r. sygn. akt IFSK 232/08 wskazał, że: „W przypadku czynności o kompleksowym charakterze, na który składa się czynność podstawowa, której wykonanie było celem umowy zawartej przez podatnika z klientem, a także czynności pomocnicze niezbędne do wykonania czynności podstawowej, ustalając właściwą stawkę podatku od towarów i usług należy przyjmować jednolitą stawkę dla całego kompleksu czynności biorąc pod uwagę charakter czynności podstawowej”.

W związku z powyższym zamawiający uważa, że jego postępowanie w zakresie stawek, jakie przyjęli wykonawcy w powyższym postępowaniu, było prawidłowe, zgodne z przepisami prawa i niekrzywdzące żadnego z wykonawców.

Odnosnie zarzutu z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wobec Firmy PHU MEGA Sp. z o.o.

Ad 2. Zamawiający nie zgadza się z zarzutem zaniechania dokonania czynności poprawienia w ofercie Firmy PHU MEGA Sp. z o.o. innych omyłek polegających na niezgodności oferty tego wykonawcy ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Szczegółowych wyjaśnień w tym zakresie zamawiający udzielił już w piśmie z dnia 17 maja 2016 r., znak pisma: 3238/2016.

Po kolejnym szczegółowym zbadaniu powyższych okoliczności zamawiający podtrzymuje swoją decyzję i tak:

a) w poz. 2 ilość 983,25 m² różnica rusztowania wynika z technologii i przyjętego wykonania rusztowania. Przyjęta pozycja rusztowania była większa od wymagań zamawiającego, gdyż

- wykonawca posiadał rusztowanie, którego powierzchnia była większa (wynikająca z rodzaju rusztowania nie istnieje możliwość obcinania rusztowania do powierzchni potrzebnej),
- b) w poz. 3 ilość 120,7 m² - przyjęty zaniżony obmiar wykonawcy wynika z własnych pomiarów, na które się powołuje w skierowanych pytaniach do zamawiającego.
Z jednoczesnym stwierdzeniem, że jest to 100 procent zakresu do wykonania,
- c) w poz. 4 ilość 20,90 m² - przyjęty zaniżony obmiar wykonawcy wynika z własnych pomiarów, na które się powołuje w skierowanych pytaniach do zamawiającego.
Z jednoczesnym stwierdzeniem, że jest to 100 procent zakresu do wykonania,
- d) w poz. 5 ilość 33,40m² - przyjęty zaniżony obmiar wykonawcy wynika z własnych pomiarów, na które się powołuje w skierowanych pytaniach do zamawiającego.
Z jednoczesnym stwierdzeniem, że jest to 100 procent zakresu do wykonania,
- e) w poz. 8 ilość 137 m² - pozycja obmiaru została przez zamawiającego uwzględniona,
- f) w poz. 15 ilość 520,074 m² - obmiar przyjęto poprawnie z przygotowania starego podłoża zminusowano ilość tynków przewidzianych do wymiany,
- g) w poz. 16 ilość 726,30 m² - obmiar przyjęto poprawnie - doliczono cokół,
- h) w poz. 17 ilość 726,30 m² - obmiar przyjęto poprawnie - doliczono cokół,
- i) w poz. 18 ilość 22,52 m² - przyjęty zaniżony obmiar wykonawcy wynika z własnych pomiarów, na które się powołuje w skierowanych pytaniach do zamawiającego.
Z jednoczesnym stwierdzeniem, że jest to 100 procent zakresu do wykonania,
- j) w poz. 22 ilość 74,40 m² - przyjęty zaniżony obmiar wykonawcy wynika z własnych pomiarów, na które się powołuje w skierowanych pytaniach do zamawiającego.
Z jednoczesnym stwierdzeniem, że jest to 100 procent zakresu do wykonania,
- k) w poz. 23 ilość 74,40 m² - przyjęty zaniżony obmiar wykonawcy wynika z własnych pomiarów, na które się powołuje w skierowanych pytaniach do zamawiającego.
Z jednoczesnym stwierdzeniem, że jest to 100 procent zakresu do wykonania,
- l) w poz. 30 ilość 115,305 m² - obmiar przyjęto poprawnie - zminusowano powierzchnię lamperii,
- ł) w poz. 35 ilość 170,63 m³ - obmiar przyjęto poprawnie, zgodnie z odpowiedzią zamawiającego z dnia 29/07/2015,
- m) w poz. 44 ilość 67 m² - uwzględniono w poz. 16 i 17,
- n) w poz. 45 ilość 67 m² - uwzględniono w poz. 16 i 17,
- o) w poz. 56 ilość 36,912 m² - obmiar przyjęto poprawnie - zminusowano o poz. 58 - przełożenie pokrycia.

Odnośnie zarzutu z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wobec Firm PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUT W. B..

Ad 3. Zamawiający nie zgadza się z zarzutem zaniechania dokonania czynności poprawienia w ofercie Firm PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUT W. B. innych omyłek polegających na niezgodności oferty tych wykonawców ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Szczegółowych wyjaśnień w tym zakresie zamawiający udzielił już w piśmie z dnia 17 maja 2016 r., znak pisma: 3238/2016.

W tym przypadku zamawiający nie skorzystał z możliwości poprawienia oczywistych omyłek w kosztorysie ofertowym Konsorcjum, gdyż oferta została odrzucona za brak wyceny:

- a) studni,
- b) zabezpieczenia kominów,
- c) izolacji pionowych.

Bark wyceny powyższych pozycji w kosztorysie ofertowym Konsorcjum zobowiązało zamawiającego do odrzucenia oferty, gdyż nie są to omyłki pisarskie, nie są to omyłki rachunkowe, jak również nie są to inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

W powyższym przypadku taka sytuacja nie zachodzi, ponieważ Konsorcjum w ogóle tych pozycji nie wyceniło w kosztorysie ofertowym. Nie wskazano żadnego innego miejsca w ofercie, z którego wynikałoby, że wykonawca wycenił sporne pozycje kosztorysowe. Omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp muszą mieć charakter oczywisty i można je zidentyfikować na podstawie porównania pozostałych dokumentów stanowiących treść oferty. Natomiast brak wyceny kominów, zabezpieczenia kominów i brak wyceny izolacji pionowych nie można było traktować, jako oczywistych omyłek pisarskich i ich poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Nie podlegały również poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż brak wyceny którejs z pozycji kosztorysu ofertowego, nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia woli i nie mieści się w ww. przepisie.

Odnosnie zarzutu z art. 91 ust. 2 oraz art. 91 ust. 3 ustawy Pzp.

Ad 4. Zamawiający określając pozacenowe kryterium oceny ofert, jak „Jakość wykonanych robót” postąpił zgodnie z treścią art. 91 ust. 2 ustawy Pzp i zgodnie z wolą Wspólnoty Mieszkaniowej Sikorskiego 26-28 w Inowrocławiu. To znaczy oprócz kryterium ceny 60% i gwarancji 20% dodał kryterium, jakość wykonanych robót z maksymalną ilością punktów do zdobycia 20 pkt. Intencją zamawiającego było to, aby wykonawcy udokumentowali, że wykonane przez nich roboty budowlane zostały nagodzone czy wyróżnione np. pochwałami, nagrodami lub dyplomami. Wymaganie tych dokumentów miało świadczyć o tym, że wykonawca jest ceniony w branży budowlanej, jako przedsiębiorca, który wykonuje swoją pracę rzetelnie, zgodnie z wiedzą techniczną i otrzymuje za nią nagrody czy wyróżnienia. Zatem intencją zamawiającego nie było działanie niezgodne z przepisami, lecz

dokonanie wyboru najlepszej oferty spełniającej warunki opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wymagając złożenia pochwał, czy nagród celem zamawiającego była wyłącznie możliwość uzyskania dodatkowych punktów przez wykonawców. Ponadto załączenie tych dokumentów nie było obligatoryjne, co jednoznacznie wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. SIWZ nie pozostawia żadnych wątpliwości. W przypadku, gdy wykonawca nie dołączy do oferty dokumentów na potwierdzenie jakości wykonanych robót, nie będzie to stanowiło podstawy do odrzucenia oferty, natomiast będzie to skutkowało uzyskaniem zerowej liczby punktów w powyższym kryterium. Zamawiający żądał dokumentów na potwierdzenie jakości wykonanych robót tylko i wyłącznie w celu umożliwienia wykonawcom otrzymania dodatkowych punktów.

Oдноśnie zarzutu z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp.

Ad 5. Zamawiający nie zgadza się z zarzutem, że przez brak oceny punktowej oferty wykonawcy PHU MEGA Sp. z o.o. naruszył art. 92 ust. 1 ustawy Pzp. W tym konkretnym przypadku została tylko jedna oferta spełniająca wszystkie warunki zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dlatego liczenie punktów byłoby czystą abstrakcją. Zgodnie z ustawą Pzp przyznanie punktów wykonawcom służy tylko weryfikacji, które miejsce w rankingu ofert otrzymali. Jeżeli nawet powyższą sytuację można uznać za błąd czy też uchybienie zamawiającego, to nie można mówić o naruszeniu ustawy w powyższym zakresie. Uchybienie to nie stanowi naruszenia przepisów ustawy Pzp i nie ma żadnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Podobne stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Warszawie z dnia 4 marca 2013 r., sygn. akt V Ca 3270/12, który stwierdził: „Przez istotny wpływ na wynik postępowania należy rozumieć wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty”. Zgodnie z art. 2 pkt 7a ustawy Pzp celem postępowania jest wybór oferty, umożliwiający zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego i zamawiający to uczynił.

Oдноśnie zarzutu z art. 25 ust. 1 w związku z art. 22 ust. 1 i 5 ustawy Pzp.

Ad 6. Zamawiający nie zgadza się zarzutem, że formułując warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej bez wskazania konkretnej kwoty ubezpieczenia, na jaką miała być wystawiona polisa naruszył art. 25 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 i 5 ustawy Pzp.

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może żądać opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest

ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

W świetle powołanego przepisu w tamtym okresie prawnym nie było wymogu określenia wartości polisy ubezpieczeniowej OC wykonawcy, na którą jest ubezpieczony. Dokument składany w ramach tego warunku miał potwierdzać, że wykonawca posiada opłaconą polisę ubezpieczeniową od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Posiadanie opłaconej polisy OC miało być dodatkowym aktywem, jaki posiada wykonawca. W ówczesnym stanie prawnym dokument ten stanowił zabezpieczenie, że wykonawca będzie dysponował możliwością zminimalizowania negatywnych skutków ewentualnego zdarzenia, dając większą pewność i bezpieczeństwo zawieranych z nim kontraktów. Nadmierne i nieuzasadnione wymagania zamawiającego od wykonawców naraziłyby go na zarzut postępowania niezgodnie z ustawą Pzp. Naruszenie w tym przypadku przez zamawiającego 25 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 i 5 ustawy Pzp nie miało i nie ma miejsca, gdyż zamawiający zgodnie z powołanym powyżej rozporządzeniem żądał: opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. I taki dokument został złożony przez wykonawcę.

Prezes UZP nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego, wskazując jak niżej.

Prezes UZP w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 24 czerwca 2017 r. stwierdził naruszenie przez Zamawiającego:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum firm: PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUT W. B. oraz oferty wykonawcy PHU MEGA sp. z o.o., jako zawierających błędną stawkę podatku VAT;
- 2) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu poprawienia oczywistych omyłek w ofercie wykonawcy konsorcjum firm: PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUT W. B. oraz ofercie wykonawcy PHU MEGA sp. z o.o.;
- 3) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wyjaśnienia, czy brakujące pozycje przedmiaru robót w ofercie wykonawcy konsorcjum firm: PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUT W. B. oraz ofercie wykonawcy PHU MEGA sp. z o.o. zostały uwzględnione w innych pozycjach kosztorysów ww. ofert;
- 4) art. 91 ust. 2 oraz art. 91 ust. 3 ustawy Pzp polegające na określeniu kryterium oceny ofert pn. „Jakość wykonanych robót” na podstawie właściwości wykonawcy;

- 5) art. 91 ust. 1 i art. 92 ust. 1 ustawy Pzp polegające na nie dokonaniu oceny punktowej oferty wykonawcy PHU MEGA sp. z o.o. oraz nie poinformowaniu wykonawców o liczbie punktów przyznanych ofercie uznanej za najkorzystniejszą;
- 6) art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 4 i 5 ustawy Pzp oraz art. 25 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 i 5 ustawy Pzp polegające na braku wskazania w treści warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej minimalnej sumy wymaganego ubezpieczenia od odpowiedzialności w zakresie prowadzonej działalności, na jaką miała być wystawiona żądana na potwierdzenie spełniania ww. warunku polisa lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Z treści pisma Zamawiającego z dnia 5 lipca 2017 r. wynika, że kwestionuje on naruszenia wskazane w pkt 1, 2, 3, 4, 5 i 6 *Informacji o wyniku kontroli*. W odniesieniu do naruszenia wskazanego w pkt 3 *Informacji o wyniku kontroli* należy zauważyć, że Zamawiający nie wskazał wprost, że je kwestionuje, niemniej jednak w oparciu o argumentację zawartą w treści pisma Prezes Urzędu uznał, że intencją Zamawiającego było zgłoszenie zastrzeżeń również do ww. naruszenia.

I. W zakresie naruszenia, o którym mowa w pkt 1.

W pkt 1 *Informacji o wyniku kontroli* wskazano, że obydwie złożone w kontrolowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty, tj. oferta wykonawcy konsorcjum firm: PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUT W. B. oraz wykonawcy PHU MEGA sp. z o.o., zawierały błędną stawkę podatku VAT. W związku z powyższym stwierdzono, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, co w okolicznościach niniejszej sprawy miało wpływ na wynik postępowania, ponieważ odrzucenie obydwu ofert obligowałoby Zamawiającego do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W toku kontroli ustalono, że przedmiotem zamówienia były roboty budowlane polegające na dociepleniu ścian zewnętrznych wraz z kolorystyką elewacji oraz izolacja ścian piwnic i remont klatek schodowych w budynku Wspólnoty Mieszkaniowej Sikorskiego 26-28 w Inowrocławiu. Zamówienie obejmowało m.in. (*w piśmie wymieniono rodzaje robót pkt a - f wskazane w Informacji o stwierdzeniu naruszeń*).

Oferta wykonawcy konsorcjum firm: PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUT W. B. zawierała jednolitą stawkę VAT w wysokości 8% w odniesieniu do całości prac, natomiast oferta wykonawcy PHU MEGA sp. z o.o. – 23% stawkę VAT w odniesieniu do części robót związanych z drenażem opaskowym oraz stawkę VAT 8% dotyczącą pozostałych prac ujętych w kosztorysie. Jednocześnie Wykonawca PHU MEGA sp. z o.o., chociaż przewidział w ofercie stawkę podatku VAT w wysokości 23% w odniesieniu do prac polegających na drenażu, to jednak roboty wyszczególnione w poz. 33-

35, 40, 51-53 kosztorysu, dotyczące opaski wokół budynku, objął 8% stawką podatku VAT. Tymczasem zgodnie z ugruntowanym poglądem doktryny oraz orzecnictwem sądów, opaska drenująca, wykonywana z kostki brukowej wokół budynku została uznana za robotę poza bryłą budynku, do której nie ma zastosowania preferencyjna stawka podatku VAT (por. interpretacja Izby Skarbowej z dnia 8 lutego 2012 r. (ITPP1/443-1389/12/AP). Zgodnie z art. 41 ust. 12 -12c ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku o towarów i usług (t.j. Dz. U. z 2011 r., Nr 177, poz. 1054 ze zm.), do dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji lub przebudowy obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym stosuje się stawkę VAT w wysokości 8%. Jednakże jak wynika z orzecznictwa sądów administracyjnych oraz indywidualnych interpretacji podatkowych izb skarbowych, zastosowanie preferencyjnej, 8% stawki VAT jest możliwe tylko w odniesieniu do prac wykonywanych w bryle budynku, natomiast dla prac wykonywanych poza bryłą budynku stosuje się podstawową stawkę podatku w wysokości 23%. Taki pogląd znajduje potwierdzenie m.in. w uchwale NSA z dnia 3 czerwca 2013 r. (sygn. akt I FPS 7/12), a także interpretacji indywidualnej Izby Skarbowej w Łodzi z dnia 9 września 2011 r. (IPTPP2/443-208/11-4/IR) oraz Izby Skarbowej w Katowicach z dnia 16 września 2014 r. (IBPP2/443-535/14/WN).

W toku kontroli, zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego ustalono, że nie badał on prawidłowości stawek VAT ujętych w ofertach ani też nie zwracał się w tym zakresie o wyjaśnienia do wykonawców. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że zastosowanie przez wykonawcę PHU MEGA sp. z o.o. stawki VAT w wysokości 23% w odniesieniu do prac polegających na wykonaniu drenażu uznał za prawidłowe. Ponadto z dokumentacji kontrolowanego postępowania wynika, że Zamawiający w SIWZ nie wskazał prawidłowej stawki podatku VAT, zastrzegając jedynie, że cena ma być podana w złotych polskich z wyodrębnieniem wartości podatku VAT.

W *Informacji o wyniku kontroli* stwierdzono, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zamawiający powinien odrzucić oferty, zawierające błędną stawkę podatku VAT. Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 (sygn. akt III CZP 52/11), błędna stawka podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeśli brak jest ustawowych przesłanek do stwierdzenia omyłki podlegającej poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (w sytuacji, w której zamawiający nie określił w SIWZ stawki podatku VAT w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp).

W związku z powyższym stwierdzono, że obydwie złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty podlegały odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli zakwestionował, by doszło do naruszeń wskazanych w *Informacji o wyniku kontroli* przepisów.

W odniesieniu do naruszenia stwierdzonego w pkt 1 *Informacji* Zamawiający wskazał, że na etapie oceny ofert miał wątpliwości w kwestii właściwej stawki podatku VAT. Przyjął jednak, że prawidłowa jest stawka 8% podatku VAT dla całości zamówienia. Taką też stawkę zawierała jednolicie oferta wykonawcy konsorcjum firm: PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUT W. B.. Natomiast oferta wykonawcy PHU MEGA sp. z o.o. zawierała wprawdzie stawkę 23% VAT w odniesieniu do robót polegających na drenażu, ale – zdaniem Zamawiającego – w kosztorysie ofertowym ww. wykonawcy prace te zostały objęte stawką 8%, dlatego też Zamawiający uznał, że obydwie oferty zastosowały prawidłowo stawkę 8% VAT dla całości zamówienia. Ponadto Zamawiający wskazał, że w przypadku, gdy przedmiotem zamówienia są tzw. świadczenia złożone (kompleksowe), ustalając właściwą stawkę podatku VAT należy przyjmować jednolitą stawkę dla całego kompleksu czynności biorąc pod uwagę charakter czynności podstawowej. W okolicznościach faktycznych sprawy roboty polegające na drenażu miały charakter pomocniczy w stosunku do robót związanych z ociepleniem budynku, w związku z czym w odniesieniu do całości prac powinna mieć zastosowanie stawka podatku VAT w wysokości 8%. Zamawiający na poparcie ww. tezy przytoczył przykłady orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej oraz Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

W odniesieniu do powyższego w pierwszej kolejności Kontrolujący wskazał, że argumentacja Zamawiającego (podniesiona dopiero na etapie zastrzeżeń od wyniku kontroli), że w kosztorysie ofertowym wykonawcy PHU MEGA sp. z o.o. w odniesieniu do prac polegających na drenażu w rzeczywistości wskazana była stawka podatku VAT w wysokości 8%, nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji kontrolowanego postępowania. Jak wynika z kosztorysu ofertowego wykonawcy PHU MEGA sp. z o.o., wykonawca ten załączył do oferty kosztorys składający się z dwóch części, tj. obejmujący odrębnie prace stanowiące główną część zamówienia (wartość kosztorysowa robót 288 799,51 zł netto, podatek VAT 23 103,96 zł, stawka podatku VAT 8%) oraz kosztorys ofertowy w zakresie prac polegających na drenażu (wartość kosztorysowa robót netto 34 818,97 zł, podatek VAT – 8 008,37 zł, stawka podatku VAT – 23%). Zatem brak jest podstaw do uznania, że oferta ww. wykonawcy zawierała jednolitą, 8% stawkę VAT dla całości prac objętych zamówieniem, analogicznie jak miało to miejsce w przypadku oferty wykonawcy konsorcjum firm: PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUT W. B..

Odnosząc się natomiast do argumentacji Zamawiającego (powołanej po raz pierwszy również dopiero w zastrzeżeniach od wyniku kontroli), że w przypadku świadczeń o kompleksowym charakterze, ustalając właściwą stawkę podatku VAT należy przyjmować jednolitą stawkę dla całego kompleksu czynności biorąc pod uwagę charakter czynności podstawowej, Kontrolujący stwierdził, co następuje. Koncepcja świadczeń złożonych (kompleksowych) nie wynika wprost z przepisów podatkowych, zarówno krajowych,

jak i unijnych, lecz wypracowana została w orzecznictwie ETS i sądów krajowych na tle konkretnych stanów faktycznych, w których uznano, że istnieje możliwość zastosowania jednolitej stawki dla różnych świadczeń. Niemniej jednak zasadą jest ustalanie stawki podatku VAT odrębnie dla każdego świadczenia, biorąc pod uwagę jego charakter, zaś możliwość objęcia jednolitą stawką podatku VAT, właściwą dla świadczenia głównego czy też podstawowego również świadczeń o charakterze pomocniczym stanowi wyjątek od tej zasady. Nie dysponując wypracowanym dla danego stanu faktycznego jednolitym stanowiskiem orzecznictwa, nie można twierdzić, że zastosowanie jednolitej stawki preferencyjnej dla wszystkich świadczeń objętych przedmiotem zamówienia jest kwestią oczywistą i nie wymagającą odpowiedniego uzasadnienia (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 kwietnia 2012 r., sygn. akt 785/12). Jak wskazano w *Informacji o wyniku kontroli*, komentowane orzecznictwo sądów w odniesieniu do drenażu opaskowego wskazuje, że właściwa do zastosowania w odniesieniu do tego rodzaju prac była 23% stawka podatku VAT. Zamawiający nie przedstawił natomiast żadnych orzeczeń ani interpretacji organów podatkowych, z których miałyby wynikać uprawnienie do zastosowania takiej możliwości w stanie faktycznym sprawy. Ponadto, jak wskazano wyżej, wykonawca PHU MEGA sp. z o.o. nie zastosował w swojej ofercie jednolitej stawki VAT 8% w odniesieniu do całości prac objętych zamówieniem.

W świetle powyższego, Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w pkt 1 *Informacji o wyniku kontroli* z dnia 24 czerwca 2017 r., że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

II. W zakresie naruszenia, o którym mowa w pkt 2 i pkt 3.

W pkt 2 i 3 *Informacji o wyniku kontroli* wskazano, że Zamawiający, nie dokonując poprawienia oczywistych omyłek w ofercie wykonawcy konsorcjum firm: PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUT W. B. oraz wykonawcy PHU MEGA sp. z o.o. naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, natomiast nie dokonując wyjaśnienia, czy brakujące pozycje przedmiaru w ofertach wykonawcy PHU MEGA sp. z o.o. oraz konsorcjum firm: PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUT W. B. zostały uwzględnione w innych pozycjach kosztorysów ww. ofert naruszył art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Z ustaleń poczynionych w toku kontroli wynika, że w kosztorysie ofertowym wykonawcy PHU MEGA sp. z o.o., wykonawca ten wskazał: (*w piśmie wymieniono pozycje kosztorysu oznaczone pkt a - o wskazane w Informacji o stwierdzeniu naruszeń*).

W odniesieniu do błędów w kosztorysie ofertowym wykonawcy Konsorcjum firm: PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUT W. B. stwierdzono, że w poz. 62-64 (wywóz i utylizacja ziemi) podana była błędna ilość ziemi, tj. 12 885 m³ zamiast 121 885 m³. Niemniej jednak w poz. 71 kosztorysu znajduje się dodatkowa pozycja pn.

„użytkowanie ziemi”, w której jako ilość wskazano 152,667 m³, cenę jednostkową 17,60 zł a wartość 2687,12 zł. Powyższa kwestia mogła podlegać wyjaśnieniu na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Z kolei w poz. 12 kosztorysu konsorcjum firm: PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUT W. B. wskazało ilość 669,91 m² (i cenę jednostkową 4,31 zł, co dawało wartość ww. pozycji 2887,31 zł), podczas gdy wykonawcy zgodnie z przedmiarem robót powinni wycenić w tej pozycji roboty budowlane w ilości 761,61 m² (zgodnie z przedmiarem robót); podobnie w poz. 13 kosztorysu - ilość 669,91 m² (i cenę jednostkową 96,67 zł, co dawało wartość ww. pozycji 64 760,20 zł), podczas gdy wykonawcy zgodnie z przedmiarem robót powinni wycenić w tej pozycji roboty w ilości 761,61 m².

W toku kontroli ustalono, że Zamawiający nie zwracał się do wykonawców z prośbą o wyjaśnienia treści złożonych ofert na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp ani też nie dokonywał poprawy omyłek w ofertach na podstawie art. 87 ust. 2.

W *Informacji o wyniku kontroli* stwierdzono, że ww. błędy w ilości jednostek miary wyżej wskazanych pozycji przedmiarowych w ofercie Konsorcjum miały charakter omyłek, o jakich mowa w treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Poprawienie przez zamawiającego ww. pozycji przedmiarowych w ofercie Konsorcjum dotyczące ilości było możliwe do dokonania jedynie w oparciu o informacje zawarte w ofercie i nie ingerowałoby w sposób istotny w treść złożonej oferty. Tym samym należy uznać, że zamawiający był zobligowany do poprawienia ww. omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i niezwłocznego zawiadomienia o tym ww. wykonawcy.

Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej wskazał, że nie zgadza się z zarzutem naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie dokonania poprawienia omyłek w ofercie wykonawcy PHU MEGA sp. z o.o. innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ. Jednocześnie Zamawiający poinformował, że podtrzymuje swoje stanowisko w tym zakresie wyrażane w toku postępowania wyjaśniającego i kontrolnego i ponownie wskazał, że w odniesieniu do różnic występujących w ilościach wskazanych w poz. 2, 3, 4, 5, 18, 22, 23, kosztorysu wykonawcy wynikają one z własnych pomiarów ww. wykonawcy, które Zamawiający zaakceptował, w odniesieniu do różnic w poz. 8, 15, 16, 17, 30, 35, 56 – Zamawiający lakonicznie poinformował, że „obmiar przyjął poprawnie”, po ewentualnym „doliczeniu” lub „zminusowaniu” od wskazanych przez wykonawcę jednostek miar powierzchni określonych elementów (np. cokołu lub powierzchni lamperii), natomiast w odniesieniu do rozbieżności dot. poz. 44 i 45 Zamawiający uznał, że zostały one uwzględnione w poz. 16 i 17 kosztorysu wykonawcy PHU MEGA sp. z o.o.

Odnośnie omyłek w ofercie wykonawcy konsorcjum firm: PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUT W. B. Zamawiający wskazał, że kwestionuje ustalenia kontroli również w tym zakresie i ponownie wskazuje, że nie skorzystał

z możliwości poprawienia oczywistych omyłek w ofercie ww. wykonawcy, ponieważ w jego ocenie było to niecelowe z uwagi na fakt, że oferta ta podlegała odrzuceniu z uwagi na brak zaoferowania studni, zabezpieczenia kominów oraz izolacji pionowych, które to braki nie mogły zostać poprawione w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

W odniesieniu do powyższego, w pierwszej kolejności Kontrolujący zauważył, że Zamawiający we wniesionych zastrzeżeniach przedstawił argumenty, które były już analizowane przez Urząd w toku postępowania wyjaśniającego, a następnie kontroli doraźnej.

Odnosnie zasadności odrzucenia przez Zamawiającego oferty wykonawcy konsorcjum firm: PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUT W. B. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w protokole kontroli ustalono, co następuje. W odniesieniu do zarzucanego ofercie Konsorcjum braku wyceny studni, w opisie poz. 49 kosztorysu wskazano na „drenaż z rury elastycznej PVC-U o średnicy zewn. 100 mm w zwojach bez filtra na wykonanej podsypce – zgodnie z załączonym projektem”. Projekt ten (dołączony przez Zamawiającego do dokumentacji postępowania w odpowiedzi z dnia 20 lipca 2015 r. na pytania wykonawców) zakładał wykonanie studni. Zatem, brak podstaw do uznania, że Konsorcjum nie zaoferowało wykonania studni. Natomiast w odniesieniu do zarzutu braku wyceny zabezpieczenia kominów, w pytaniu nr 16 dotyczącym treści SIWZ wykonawca je zadający zwrócił uwagę, że w projekcie nie określono sposobu zabezpieczenia przewodów kominowych, zaś w przedmiarze robót nie uwzględniono w ogóle tej pozycji. W związku z powyższym wykonawca zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o uzupełnienie dokumentacji projektowej oraz przedmiaru o powyższe elementy. Zamawiający udzielił odpowiedzi, że jest to projekt budowlany a nie wykonawczy, tak więc przyjęcie sposobu właściwego zabezpieczenia należy do wykonawcy. Brak jest podstaw do uznania treści ww. odpowiedzi za korektę przedmiaru skutkującą obowiązkiem ujęcia w kosztorysie ofertowym osobnej pozycji dotyczącej wyceny zabezpieczenia kominów. W razie wątpliwości, czy oferta Konsorcjum obejmuje zabezpieczenie kominów, Zamawiający mógł zwrócić się z prośbą o wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający jednakże odrzucił ofertę wykonawcy konsorcjum firm: PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUT W. B. nie zwracając się do niego uprzednio z prośbą o udzielenie wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Tymczasem zastosowanie przez Zamawiającego procedury wynikającej z tego przepisu i udzielenie wyjaśnień przez wykonawcę konsorcjum firm: PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUT W. B. mogłoby skutkować uznaniem przez Zamawiającego, że złożona przez niego oferta spełnia jednak wymagania SIWZ.

W toku prowadzonej kontroli ustalono również, że wykonawca PHU MEGA sp. z o.o. nie wskazał w kosztorysie ofertowym wyceny poz. 4.7, 4.10 oraz 1.9 przedmiaru robót i Zamawiający również w tym przypadku nie zwrócił się do ww. wykonawcy z prośbą

o udzielenie wyjaśnień, czy nie wycenione pozycje zostały ewentualnie ujęte w innych pozycjach kosztorysu.

Natomiast wskazane w *Informacji o wyniku kontroli* błędy w ilości jednostek miary wyżej wskazanych pozycji przedmiarowych w ofertach obydwu wykonawców miały charakter omyłek, do których odnosi się art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Dane i obliczenia zawarte w poszczególnych pozycjach kosztorysu były niezgodne z treścią SIWZ, jednakże możliwym było ich poprawienie bez udziału wykonawcy, jak również dokonanie tych zmian nie pociągało za sobą istotnych zmian w treści oferty. Kontrolujący wskazał, że poprawienie oczywistych omyłek w ofercie wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest obowiązkiem zamawiającego w każdym przypadku, niezależnie od tego, czy oferta podlegałaby odrzuceniu na podstawie ew. innych przesłanek wymienionych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający jest zobowiązany wskazać wykonawcy wszystkie przesłanki odrzucenia jego oferty, w celu umożliwienia mu ewentualnego skorzystania ze środków ochrony prawnej (zob. wyrok KIO z dnia 30 marca 2012 r., sygn. akt KIO 538/12). Nie można także uznać za prawidłową w świetle przepisów ustawy Pzp i zgodną z zasadą równego traktowania wykonawców czynności Zamawiającego polegającej na samodzielnym i arbitralnym „zaakceptowaniu” przez niego różnic występujących w kosztorysie wykonawcy PHU MEGA sp. z o.o. w stosunku do przedmiaru robót, który to przedmiar w tym zakresie – jak ustalono w toku kontroli – nie został przez Zamawiającego uprzednio skorygowany w trybie zmiany SIWZ zgodnie z pomiarami dokonanymi przez tego wykonawcę. Należy zatem uznać, że wszystkich wykonawców w postępowaniu obowiązywały ilości robót wskazane pierwotnie w przedmiarze (o ile nie zostały one skorygowane przez Zamawiającego przed terminem składania ofert w trybie zmiany SIWZ) i w przypadku występowania w ofertach rozbieżności z tymi danymi, rozbieżności te powinny zostać wyjaśnione lub poprawione zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Tym samym należy uznać, że Zamawiający był zobligowany do poprawienia ww. omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i niezwłocznego zawiadomienia o tym ww. wykonawców.

W świetle powyższego Prezes Urzędu stwierdził, że łączne zastosowanie przez Zamawiającego dyspozycji art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp mogło prowadzić do uznania przez Zamawiającego, że oferta wykonawcy konsorcjum firm: PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUT W. B. jest zgodna z SIWZ.

W świetle powyższego, Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w pkt 2 i pkt 3 *Informacji o wyniku kontroli* z dnia 24 czerwca 2017 r., że działanie Zamawiającego, polegające na zaniechaniu poprawienia wskazanych wyżej omyłek w ofertach wykonawcy PHU MEGA sp. z o.o. oraz konsorcjum firm: PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUT W. B. stanowiło naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, natomiast zaniechanie wyjaśnienia, czy brakujące pozycje przedmiaru w ofertach wykonawcy PHU MEGA sp. z o.o. oraz konsorcjum

firm: PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUT W. B. zostały uwzględnione w innych pozycjach kosztorysów ww. ofert, stanowiło naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

III. W zakresie naruszenia, o którym mowa w pkt 4.

W pkt 4 *Informacji o wyniku kontroli* wskazano, że Zamawiający, określając kryterium oceny ofert pn. „Jakość wykonanych robót”, ustanowił w istocie kryterium odnoszące się do właściwości wykonawcy, czym naruszył art. 91 ust. 2 oraz art. 91 ust. 3 ustawy Pzp.

W toku prowadzonej kontroli ustalono, że Zamawiający w SIWZ oprócz kryterium ceny ustanowił także pozacenowe kryterium oceny ofert pn. „Jakość wykonanych robót”. W kryterium tym były brane pod uwagę „pochwały, nagrody, i certyfikaty zdobyte przez wykonawcę w ciągu swojej działalności”, które wykonawca zobowiązany był dołączyć do swojej oferty. Zgodnie z opisem ww. kryterium, maksymalna liczba punktów, jaką mogła uzyskać oferta w tym kryterium wynosiła 20. Sposób przyznawania punktów w ramach tego kryterium był następujący: a) mniej niż 2 dokumenty – 0 punktów, b) 2 dokumenty – 30 punktów, c) 3 dokumenty – 50 punktów, d) 4 dokumenty – 70 punktów, e) 5 dokumentów – 80 punktów, f) powyżej 5 dokumentów – 100 punktów.

Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej, w odniesieniu do naruszenia stwierdzonego w pkt 4 *Informacji* wskazał, że Zamawiający określając w wyżej opisany sposób pozacenowe kryterium oceny ofert postąpił zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp oraz z wolą Wspólnoty Mieszkaniowej Sikorskiego 26-28 w Inowrocławiu. Intencją Zamawiającego było, aby wykonawcy udokumentowali, że wykonane przez nich roboty budowlane zostały nagrodzone bądź wyróżnione pochwałami lub dyplomami. Dokumenty te miały świadczyć o tym, że wykonawca jest ceniony w branży budowlanej jako przedsiębiorca, który wykonuje swoją pracę rzetelnie, zgodnie z wiedzą techniczną i otrzymuje za nią nagrody czy wyróżnienia. Ponadto Zamawiający wskazał, że złożenie tych dokumentów nie było obligatoryjne, w przypadku, gdyby wykonawca w ogóle ich nie dołączył, jego oferta otrzymałaby wprawdzie w tym kryterium 0 punktów, ale nie zostałaby odrzucona.

W odniesieniu do powyższego Kontrolujący stwierdził, że z analizy ww. kryterium oceny ofert wynika, że odnosiło się ono do właściwości wykonawcy, gdyż dotyczyło określonych cech konkretnego podmiotu, niezwiązanych z realizacją kontrolowanego zamówienia.

Zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dacie prowadzenia postępowania, kryteriami oceny ofert mogły być cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji. Jednocześnie zgodnie z art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, kryteria oceny ofert nie mogły dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Tym samym zamawiający, w odniesieniu do przedmiotu

kontrolowanego zamówienia, nie był uprawniony do ustalenia kryteriów oceny ofert odnoszących się do właściwości wykonawcy.

Z nazwy przedmiotowego kryterium, jak również z treści stanowiska Zamawiającego zawartego w zastrzeżeniach od wyniku kontroli wynika, że intencją Zamawiającego było zastosowanie pozacenowego kryterium oceny ofert dotyczącego jakości przedmiotu zamówienia. Jednakże sposób sformułowania tego kryterium należy uznać za niezgodny z treścią art. 91 ust. 3 ustawy Pzp. Kryterium to nie odnosi się w ogóle do przedmiotu zamówienia, a wprost dotyczy cech konkretnego wykonawcy.

Zastosowane przez Zamawiającego sformułowanie wskazuje, że pochwały, nagrody i certyfikaty miały świadczyć o należyтым wykonaniu w przeszłości przez wykonawcę pewnych przedsięwzięć, a zatem dotyczyć jego doświadczenia. Powyższe okoliczności powinny zostać zbadane w ramach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie zaś na etapie oceny ofert.

W świetle powyższego, Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w pkt 4 *Informacji o wyniku kontroli* z dnia 24 czerwca 2017 r., że działanie Zamawiającego, polegające na określeniu kryterium oceny ofert pn. „Jakość wykonanych robót” na podstawie właściwości wykonawcy naruszyło art. 91 ust. 2 oraz art. 91 ust. 3 ustawy Pzp.

IV. W zakresie naruszenia, o którym mowa w pkt 5.

W pkt 5 *Informacji o wyniku kontroli* wskazano, że Zamawiający, nie dokonując oceny punktowej oferty wykonawcy PHU MEGA sp. z o.o. naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, natomiast nie informując wykonawców o ocenie punktowej oferty uznanej za najkorzystniejszą naruszył art. 92 ust. 1 ustawy Pzp.

W toku prowadzonej kontroli ustalono, że Zamawiający nie dokonał punktacji oferty wykonawcy PHU MEGA sp. z o.o., która została przez niego wybrana jako najkorzystniejsza.

Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej, w odniesieniu do naruszenia stwierdzonego w pkt 5 *Informacji* wskazał, że nie zgadza się z zarzutem, że przez brak oceny punktowej oferty wykonawcy PHU MEGA sp. z o.o. naruszył art. 92 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ w kontrolowanym postępowaniu oferta ww. wykonawcy była jedyną ofertą podlegającą ocenie, w związku z czym przyznawanie jej punktów było zbędne. Ustalenie liczby punktów zgodnie z ustawą Pzp zdaniem Zamawiającego ma służyć wyłącznie ustaleniu, które miejsce w rankingu ofert zajmuje dana oferta. Zamawiający wskazał również, że nawet jeśli brak przyznania ofercie wykonawcy PHU MEGA sp. z o.o. punktów można uznać za naruszenie ustawy Pzp (z czym Zamawiający się nie zgadza), to i tak naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W odniesieniu do powyższego Kontrolujący stwierdził, że zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert

określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający w SIWZ określił sposób przyznawania punktów ofertom w ramach każdego z przyjętych kryteriów oceny ofert. Z kolei zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie prowadzenia przedmiotowego postępowania, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o: 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, uzasadnienie jej wyboru oraz nazwy (firmy) albo imienia i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację (...). Okoliczność, że wskutek odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum firm: PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUT W. B. oferta wykonawcy PHU MEGA sp. z o.o. była jedyną ofertą podlegającą ocenie, nie zwalnia zamawiającego z obowiązku dokonania jej oceny zgodnie z opisem sposobu oceny ofert wskazanym w SIWZ.

Nie ma także znaczenia okoliczność, że powyższe naruszenia nie miało wpływu na wynik postępowania, ponieważ, zgodnie z art. 166 ust. 1 ustawy Pzp w *Informacji o wyniku kontroli* Prezes Urzędu wskazuje wszystkie stwierdzone w toku kontroli nieprawidłowości, bez względu na to, czy wpływały one na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, czy też nie.

W świetle powyższego, Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w pkt 5 *Informacji o wyniku kontroli* z dnia 24 czerwca 2017 r., że działanie Zamawiającego, polegające na nie dokonaniu oceny punktowej oferty wykonawcy PHU MEGA sp. z o.o. stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, natomiast nie poinformowanie wykonawców o ilości punktów przyznanych ofercie ocenie punktowej oferty uznanej za najkorzystniejszą, stanowi naruszenie art. 92 ust. 1 ustawy Pzp.

V. W zakresie naruszenia, o którym mowa w pkt 6.

W pkt 6 *Informacji o wyniku kontroli* wskazano, że Zamawiający formułując warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej bez wskazania konkretnej kwoty ubezpieczenia na jaką miała być wystawiona polisa będąca potwierdzeniem jego spełniania, naruszył art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 4 i 5 ustawy Pzp oraz art. 25 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 i 5 ustawy Pzp.

W toku prowadzonej kontroli ustalono, że w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ Zamawiający w celu oceny spełniania warunku zdolności ekonomicznej wymagał wykazania, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności w zakresie prowadzonej działalności. Jednocześnie w żadnym z ww. dokumentów Zamawiający nie doprecyzował, na jaką wartość powinna opiewać polisa aby wykonawca potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej, w odniesieniu

do naruszenia stwierdzonego w pkt 6 *Informacji* wskazał, że nie zgadza się z zarzutem, że formułując warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej bez wskazania konkretnej kwoty ubezpieczenia, na jaką miała być wystawiona polisa naruszył art. 25 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 i 5 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że w treści § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane brak było wymogu określenia wartości polisy ubezpieczeniowej OC wykonawcy. W związku z powyższym, zdaniem Zamawiającego brak było podstaw do żądania od wykonawców dokumentów potwierdzających posiadanie ubezpieczenia OC na określoną kwotę. Sformułowanie przez Zamawiającego takiego żądania naraziłoby go zatem na zarzuty postępowania niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, ponieważ jej przepisy ani też przepisy aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie nie przewidywały obowiązku wskazywania wymaganej kwoty ubezpieczenia.

W odniesieniu do powyższego Kontrolujący stwierdził, że istotnie z brzmienia § 1 ust. 1 pkt 11 ww. rozporządzenia wprost nie wynika wymaganie, aby dokument składany na potwierdzenie posiadania przez wykonawcę wymaganej przez Zamawiającego zdolności ekonomicznej był wystawiony na określoną kwotę. Niemniej jednak, jak wskazano w *Informacji o wyniku kontroli* zgodnie z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym w dacie prowadzenia postępowania, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 jest dokonywany przez samego zamawiającego; powinien on być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 22 ust. 5 ustawy Pzp, warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania konkretnego zamówienia. Powyższe oznacza, że zamawiający stawiając warunki udziału w postępowaniu jest zobowiązany do ich doprecyzowania w stosunku do treści wskazanych przepisów i powiązania z udzielanym zamówieniem.

Z kolei, stosownie do treści art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w momencie wszczęcia przedmiotowego postępowania, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający mógł żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

Zatem w sytuacji, w której Zamawiający nie sprecyzował sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej, tj. nie określił, jaka jest minimalna wymagana wartość polisy ubezpieczeniowej, nie można uznać, że żądany dokument, o którym mowa w § 1 ust. 1 pkt 11 ww. rozporządzenia w sprawie dokumentów (opłacona polisa) był niezbędny do przeprowadzenia postępowania, gdyż

w takim wypadku dokument ten nie służy potwierdzeniu spełniania żadnego sprecyzowanego warunku udziału w postępowaniu.

Brak wskazania przez Zamawiającego w treści warunku minimalnej sumy posiadanego ubezpieczenia oznacza, że warunek ten został sformułowany w sposób niedookreślony i niezwiązany z przedmiotem zamówienia. Powyższe stanowi naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 4 i 5 ustawy Pzp.

W świetle powyższego, Prezes Urzędu podtrzymał stanowisko zawarte w pkt 6 *Informacji o wyniku kontroli* z dnia 24 czerwca 2017 r., że działanie Zamawiającego, polegające na sformułowaniu warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej bez wskazania konkretnej kwoty ubezpieczenia na jaką miała być wystawiona polisa naruszył art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 4 i 5 ustawy Pzp oraz art. 25 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 i 5 ustawy Pzp.

Prezes Urzędu zamieścił informację, że stosownie do treści art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej, przekazuje zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, opiniując zastrzeżenia Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej, na podstawie analizy stwierdzonych naruszeń przepisów ustawy przedstawionych w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej oraz zastrzeżeń Zamawiającego*, uznała, że zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Celem kontroli jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy (art. 161 ust. 2 ustawy Pzp). Kontrola postępowania prowadzona na zasadzie legalności ma na celu formalną zgodność postępowania z przepisami ustawy, bez względu na przyczyny postępowania zamawiającego i skutki wynikające z naruszenia przepisów ustawy. Zatem, opiniowaniu Izby podlegają zastrzeżenia – stanowisko Zamawiającego podważające ustalenia faktyczne w toku kontroli doraźnej oraz ocena prawna tego stanu w kontekście przepisów ustawy Pzp.

Izba wyraża w formie uchwały opinię w sprawie nieuwzględnionych przez Prezesa Urzędu zastrzeżeń Zamawiającego od wyniku kontroli doraźnej, zgodnie z art. 167 ust. 3 ustawy Pzp.

Opinia – w rozumieniu wskazanego przepisu – ma na celu m.in. przedstawienie poglądu na sprawę będącą przedmiotem sporu, z jednej strony ustaleń faktycznych i oceny prawnej Prezesa Urzędu, z drugiej argumentacji Zamawiającego, która ze swej istotny – zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej – powinna zmierzać do zasadnego zakwestionowania i podważenia stanowiska przedstawionego w *Informacji o wyniku kontroli*.

Wszczęcie kontroli doraźnej może nastąpić w przypadku uzasadnionego przypuszczenia, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć wpływ na jego wynik (art. 165 ust. 1 ustawy Pzp).

Natomiast informacja o wyniku kontroli zawiera w szczególności informację o stwierdzeniu naruszeń lub ich braku (bez ograniczenia do naruszeń, które mogły mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia) – art. 166 ust. 1 ustawy Pzp.

W tej sytuacji nie znajduje uzasadnienia stanowisko Zamawiającego, że naruszenie przepisów ustawy Pzp, jeśli nie miało wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, nie stanowi naruszenia przepisów ustawy.

Stanowisko to i wynikające z przywołanego wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 marca 2013 r. sygn. akt V Ca 3270/12, znajduje zastosowanie w postępowaniu odwoławczym od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp). Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (w wyroku Sądu: przez istotny wpływ na wynik postępowania należy rozumieć wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty). Natomiast zgodnie z art. 2 pkt 7a ustawy Pzp, celem postępowania o udzielenie zamówienia jest wybór oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

W sytuacji określonej wskazanym przepisem, stwierdzenie naruszenia przez zamawiającego ustawy Pzp, mimo nie uwzględnienia odwołania, stanowi naruszenie ustawy.

Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu w zakresie stwierdzonego naruszenia przepisów ustawy Pzp, polegającego na dokonaniu czynności lub ich zaniechaniu przez Zamawiającego, z następującym skutkiem:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 6 zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: konsorcjum firm PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUT W. B. oraz PHU MEGA sp. z o.o., jako zawierających błędną stawkę podatku VAT;
- 2) art. 87 ust. 2 pkt 3 zaniechanie poprawienia oczywistych omyłek w ofertach wykonawców: konsorcjum firm PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUT W. B. oraz PHU MEGA sp. z o.o.;
- 3) art. 87 ust. 1 zaniechanie wyjaśnienia, czy brakujące pozycje przedmiaru robót w ofertach wykonawców: konsorcjum firm PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUT W. B. oraz PHU MEGA sp. z o.o. zostały uwzględnione w innych pozycjach kosztorysów ofert;
- 4) art. 91 ust. 2 oraz art. 91 ust. 3 określenie kryterium oceny ofert pn. „Jakość wykonanych robót” na podstawie właściwości wykonawcy;

- 5) art. 91 ust. 1 i art. 92 ust. 1 nie dokonanie oceny punktowej oferty wykonawcy PHU MEGA sp. z o.o. oraz nie poinformowanie wykonawców o liczbie punktów przyznanych ofercie uznanej za najkorzystniejszą;
- 6) art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 4 i 5 oraz art. 25 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 i 5 brak wskazania w treści warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej minimalnej sumy wymaganego ubezpieczenia od odpowiedzialności w zakresie prowadzonej działalności, na jaką miała być wystawiona żądana na potwierdzenie spełniania warunku polisa lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Ad 1. Naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp – zaniechanie odrzucenia ofert obu wykonawców: konsorcjum firm PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUT W. B. oraz PHU MEGA sp. z o.o.

Zgodnie z wykładnią sposobu obliczenia ceny oferty z uwzględnieniem podatku VAT jako składnika ceny w świetle przepisów ustawy o cenach, zastosowanie błędnej stawki podatku VAT stanowiło błąd w obliczeniu ceny oferty, zobowiązujący zamawiającego do odrzucenia oferty na podstawie wskazanego przepisu ustawy Pzp.

Na skutek rozbieżności w orzecznictwie, Sąd Najwyższy w uchwałach z dnia 20 października 2011 r. III CZP 52/2011 i III CZP 53/2011 orzekł, że określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli nie ma ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych).

W uzasadnieniach uchwał Sąd wskazał, że:

- w sytuacji, w której zamawiający nie określił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stawki podatku VAT w ogóle nie może dojść do wystąpienia innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ponieważ nie wystąpi wówczas ustawowa przesłanka niezgodności oferty ze specyfikacją wobec braku dwóch potrzebnych do porównania elementów, niezbędnych do oceny przesłanki w postaci zaistnienia niezgodności. W tej sytuacji w rachubę wchodzi wyłącznie ocena wystąpienia błędu w obliczeniu w ofercie ceny;

oraz

- jeżeli jednak zamawiający, opisując w specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposób obliczania ceny, nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT, wówczas oferta zawierająca stawkę niezgodną o zobowiązującymi przepisami podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, o porównywalności ofert bowiem można mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównania, zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł. Oferta zawierająca niezgodną

z obowiązującymi przepisami stawkę podatku VAT, wpływającego na wysokość ceny brutto, niewątpliwie zaburza proces porównywania cen i musi być kwalifikowana, jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny.

W sytuacji, jaka miała miejsce w kontrolowanym stanie faktycznym – Zamawiający nie określił stawki podatku w VAT w SIWZ, zatem błędna stawka podatku VAT była błędem w obliczeniu cen ofert obu wykonawców.

Zamawiający nie miał podstaw do przyjęcia stawki podatku VAT 8% do wyceny opaski drenującej oraz akceptacji tej stawki przyjętej w ofertach wykonawców.

W tej kwestii, Izba w składzie orzekającym częściowo odpowiadającym aktualnemu składowi opiniującemu, wskazała w wyroku z dnia 3 stycznia 2014 r. sygn. akt KIO 2911/13 m.in.: Powiększony siedmioosobowy skład sędziów NSA podjął, na wniosek Prezesa Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 13 listopada 2012 r. uzasadniony rozbieżnością orzecznictwa sądów administracyjnych w zakresie stosowania przepisów o obniżonej stawce VAT do robót dotyczących obiektów budownictwa mieszkaniowego, uchwałę z dnia 3 czerwca 2013 r. I FPS 7/12: *„Obniżona stawka podatku od towarów i usług, o której mowa w art. 41 ust. 12 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535, ze zm., w brzmieniu od 1 stycznia 2008 r.) oraz § 6 ust. 2 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28 listopada 2008 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 212, poz. 1336) i w § 37 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 24 grudnia 2009 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 224, poz. 1799) nie może mieć zastosowania do robót dotyczących obiektów budownictwa mieszkaniowego wykonywanych poza budynkiem.”*

Dokonując wykładni pojęcia „budynek” dla uznania, czy chodzi o bryłę budynku, czy także obejmującą tzw. infrastrukturę w rozumieniu definicji funkcjonującej w okresie poprzednim, wobec braku definicji legalnej „budynek” w ustawie o podatku od towarów i usług, Sąd posłużył się definicją słownikową, uznając, że zgodnie ze „Słownikiem języka polskiego” (red. Mieczysław Szymczak, W-wa PWN 1978 r. Tom pierwszy), „budynek” to: „budowla naziemna, jednokondygnacyjna lub wielokondygnacyjna, ograniczona ścianami i dachem, mająca pomieszczenia mieszkalne lub o innym przeznaczeniu; dom, gmach. Budynek drewniany, murowany. Budynek mieszkalny, fabryczny, gospodarczy, szpitalny. Budynek z prefabrykatów. Kubatura budynku.” Sąd odniósł się do możliwości posługiwania się pojęciem „bryła” budynku, uznając, że - Pojęcie to oznacza „kształt przestrzenny w architekturze i rzeźbie. Ciężka, zwarta bryła budynku zamku” (definicja z ww. „Słownika języka polskiego”). Stwierdził, że - natomiast, jeśli chodzi o roboty dotyczące takiego obiektu, adekwatne będzie wskazywanie, że chodzi o całą jego substancję (wraz z np. balkonami, wykuszami, fundamentami), a nie o ogólny kształt, zarys w przestrzeni, choć można zauważyć,

że przepisy prawa posługują się pojęciem „bryły”, np. w art. 45a ust. 9 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne (Dz. U. z 2012 r. poz. 1059).

W dalszej części uzasadnienia uchwały Sąd podniósł - nie można także pominąć faktu, że w omawianych regulacjach ustawy podatkowej, jak i w przepisach wykonawczych w zakresie przedmiotu dostawy i wykonywania omawianych usług, zawarte jest odesłanie do PKOB, stanowiącej usystematyzowany wykaz obiektów budowlanych, rozumianych jako produkty finalne działalności budowlanej. Klasyfikacja ta w punkcie 2 objaśnień wstępnych zatytułowanym „Pojęcia podstawowe” zawiera definicję obiektów budowlanych i budynków. Tymi ostatnimi są: zadaszone obiekty budowlane - czyli konstrukcje połączone z gruntem w sposób trwały, wykonane z materiałów budowlanych i elementów składowych, będące wynikiem prac budowlanych - wraz z wbudowanymi instalacjami i urządzeniami technicznymi, wykorzystywane dla potrzeb stałych, przystosowane są do przebywania ludzi, zwierząt lub ochrony przedmiotów.

Konkludując Sąd uznał, że - Jak wynika więc ze słownikowego rozumienia pojęcia „budynek”, jak i definicji zawartej w PKOB, określenie to nie obejmuje swoim zakresem żadnych innych elementów i obiektów z nim funkcjonalnie powiązanych, w szczególności objętych wyżej przedstawianym pojęciem infrastruktury towarzyszącej.

Przyjęte definicje budynku w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, to:

- budynek to taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach;
- w załączniku do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) - objaśnienia wstępne, pojęcia podstawowe: *„Budynki to zadaszone obiekty budowlane wraz z wbudowanymi instalacjami i urządzeniami technicznymi, wykorzystywane dla potrzeb stałych. Przystosowane są do przebywania ludzi, zwierząt lub ochrony przedmiotów.”*

Izba podzieliła przedstawione stanowisko, na podstawie orzecznictwa wskazanego również przez Prezesa Urzędu, że preferencyjna stawka podatku VAT związana była z robotami budowlanymi wykonywanymi w bryle budynku, a nie na zewnątrz budynku, o czym decyduje umiejscowienie przedmiotu robót budowlanych.

A więc opaska drenująca wykonana wokół budynku była robotą budowlaną poza bryłą budynku, co uzasadniało zastosowanie 23% stawki podatku VAT.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp zobowiązywał Zamawiającego do odrzucenia ofert obu wykonawców, jako zawierających błędy w obliczeniu cen ofert.

Orzecznictwo Izby wskazane przez Zamawiającego w zastrzeżeniach (wyroki: z dnia 30 kwietnia 2012 r. sygn. akt 785/12; z dnia 10 kwietnia 2013 r. sygn. akt KIO 735/13 i z dnia

6 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 157/15), nie dotyczyło opaski drenującej wykonanej wokół budynku.

Ad 2 i Ad 3. Naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – zaniechanie poprawienia oczywistych omyłek w ofertach wykonawców: konsorcjum firm PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUD W. B. oraz PHU MEGA sp. z o.o.

oraz

naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp – zaniechanie wyjaśnienia, czy brakujące pozycje przedmiaru robót w ofertach tych wykonawców zostały uwzględnione w innych pozycjach kosztorysów ofert.

Chronologia przepisów ustawy Pzp wskazuje kolejność czynności zamawiającego w toku badania i oceny ofert. Dokonując w zakresie przedmiotowym badania ofert, zamawiający uprawniony jest do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp). W dalszej kolejności zobowiązany jest do poprawienia omyłek wskazanych w ust. 2 art. 87 ustawy – dokonania obligatoryjnych czynności, ocenianych m.in. w toku kontroli zgodności postępowania zamawiającego z przepisami ustawy Pzp.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zamawiający zobowiązany jest do poprawienia omyłek w ofercie wykonawcy, a dopiero po tej czynności badania zgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Wykonawca PHU MEGA sp. z o.o. w pozycjach oznaczonych w pismach Kontrolującego lit. a - o popełnił omyłki polegające na wycenie innej ilości jednostek niż wskazane w przedmiarze robót, a w ofercie konsorcjum firm: PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUD W. B. wystąpiły rozbieżności w przedmiocie utylizacji ziemi w poz. 62-64 i poz. 71 oraz w poz. 12 i 13 inne ilości jednostek niż wskazane w przedmiarze robót – co uzasadniało poprawienie omyłek w obu ofertach na podstawie wskazanego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zaniechanie wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy: -w sytuacji wykazanego w wyniku kontroli wątpliwego co do zasadności odrzucenia oferty konsorcjum firm: PPHU EVENTUS A. K. i PPHU PREBUD W. B. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy (poz. 49 kosztorysu brak studni i brak wyceny zabezpieczenia kominów) oraz -brak wyceny poz. 4.7, 4.10 oraz 1.9 w kosztorysie wykonawcy PHU MEGA sp. z o.o. – jednoznacznie potwierdza naruszenie wskazanych przepisów.

Ad 4. Naruszenie art. 91 ust. 2 oraz art. 91 ust. 3 ustawy Pzp – określenie kryterium oceny ofert pn. „Jakość wykonanych robót” na podstawie właściwości wykonawcy.

Wskazane przepisy ustawy Pzp – art. 91 ust. 2 (kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia) oraz ust. 3 ustawy (kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej), stanowiły, że kryteria oceny ofert odnoszą się do przedmiotu zamówienia (zamówienia będącego przedmiotem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia) i nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy.

Kryterium „Jakość wykonanych robót” oceniane na podstawie „pochwał, nagród, i certyfikatów zdobytych przez wykonawcę w ciągu swojej działalności”, które wykonawca zobowiązany był dołączyć do swojej oferty, stanowiło kryterium związane z właściwościami wykonawcy, wbrew wskazanemu przepisowi art. 91 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli, wskazując na brak rozgraniczenia pomiędzy kryterium odnoszącym się do oferowanego przedmiotu zamówienia a potwierdzeniem spełniania warunku udziału wykonawcy w postępowaniu (należyte wykonanie w przeszłości przez wykonawcę pewnych przedsięwzięć, a zatem dotyczące jego doświadczenia), potwierdził słuszność zarzutu Kontrolującego, naruszenia wskazanych w Informacji o wyniku kontroli przepisów ustawy Pzp – art. 91 ust. 2 oraz art. 91 ust. 3.

Ad 5. Naruszenie art. 91 ust. 1 i art. 92 ust. 1 ustawy Pzp – nie dokonanie oceny punktowej oferty wykonawcy PHU MEGA sp. z o.o. oraz nie poinformowanie wykonawców o liczbie punktów przyznanych ofercie uznanej za najkorzystniejszą.

Przepisy art. 91 ust. 1 ustawy (zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia) oraz art. 92 ust. 1 ustawy Pzp (niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o: 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, uzasadnienie jej wyboru oraz nazwy (firmy) albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację; 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne; 3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając

uzasadnienie faktyczne i prawne - jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę; 4) terminie, określonym zgodnie z art. 94 ust. 1 lub 2, po którego upływie umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta), zobowiązują zamawiającego do dokonania czynności wskazanych w przepisach.

Nie wynika z ustawy, by jakiegokolwiek okoliczności zwalniały zamawiającego z tego obowiązku. Nie zwalniał Zamawiającego z obowiązku dokonania czynności fakt, że oferta wykonawcy PHU MEGA sp. była jedyną ofertą podlegającą ocenie, w związku z czym przyznawanie jej punktów było zbędne.

Zamawiający, nie dokonując oceny punktowej oferty wykonawcy PHU MEGA sp. z o.o. naruszył art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, natomiast nie informując wykonawców o ocenie punktowej oferty uznanej za najkorzystniejszą naruszył art. 92 ust. 1 ustawy Pzp.

Ad 6. Naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 4 i 5 oraz art. 25 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1 i 5 ustawy Pzp – brak wskazania w treści warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej minimalnej sumy wymaganego ubezpieczenia od odpowiedzialności w zakresie prowadzonej działalności, na jaką miała być wystawiona żądana na potwierdzenie spełniania warunku polisa lub inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Wskazane przepisy ustawy Pzp stanowią:

art. 22 ust. 1 pkt 4 (o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: sytuacji ekonomicznej i finansowej), ust. 4 (opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia), ust. 5 (warunki, o których mowa w ust. 1, oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. W postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, którego przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, usługi lub roboty budowlane, zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia); natomiast art. 25 ust. 1 (w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

1) warunków udziału w postępowaniu,

- 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego
- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert).

Przepis § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, określający żądanie polisy OC nie stanowi wprost, aby dokument składany na potwierdzenie posiadania przez wykonawcę wymaganej przez zamawiającego zdolności ekonomicznej był wystawiony na określoną kwotę, jednak związanie warunku z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalnością do przedmiotu zamówienia, wskazuje na logiczną zasadność określenia minimalnego progu wielkości jaką dokument ma potwierdzać, gdyż w przeciwnym przypadku dokument nie służący potwierdzeniu wymagań zamawiającego, nie jest dokumentem niezbędnym w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przepis art. 22 ust. 5 ustawy Pzp stanowi, że warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania konkretnego zamówienia. Powyższe oznacza, że zamawiający stawiając warunki udziału w postępowaniu jest zobowiązany do ich doprecyzowania w stosunku do treści wskazanych przepisów i powiązania z udzielanym zamówieniem.

Stosownie do treści art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania, w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zamawiający mógł żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania.

Nie precyzując sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej, przy żądaniu jej polisy bez określenia minimalnej wymaganej wartości, opłacona polisa nie była dokumentem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania, gdyż nie służyła potwierdzeniu spełniania żadnego sprecyzowanego warunku udziału w postępowaniu.

Powyższe stanowiło naruszenie wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej przepisów ustawy Pzp.

Izba podzieliła stanowisko Prezesa UZP w opiniowanym zakresie.

Reasumując powyższe, Izba wyraziła opinię jak na wstępie, na podstawie art. 167 ust. 3 ustawy Pzp.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....