

TIR/13/RB/TP/2023
(nr ref. postępowania)

**Zawiadomienie o unieważnieniu czynności Zamawiającego
w przedmiocie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o unieważnieniu postępowania**

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie podstawowym- wariant nr 1, o nr sprawy: TIR/13/RB/TP/2023 Budowa kotłowni gazowej w budynku istniejącej kotłowni na paliwo stałe przy ul. Szczęść Boże 66 w Rudzie Śląskiej (ID 786583)

Działając na podstawie art. 16 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2023 poz. 1605)– dalej ustawa Pzp, Zamawiający informuje o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6.

W dniu 31.08.2023 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu. Informacja o wyborze została udostępniona na stronie internetowej prowadzonego postępowania na platformie zakupowej w tym samym dniu.

Biorąc pod uwagę, że celem postępowania przetargowego jest dokonanie zgodnego z przepisami wyboru oferty i udzielenia zamówienia, to w sytuacji, gdy ujawniają się przesłanki, które budzą jakąkolwiek wątpliwość, autoweryfikacja czynności zamawiającego jest nie tylko dopuszczalna, ale i uzasadniona. Do momentu podpisania umowy, jeżeli Zamawiający spostrzeże swój błąd, powinien go naprawić, co może skutkować unieważnieniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający podczas przygotowywania umowy o udzielenie zamówienia i po dokonaniu analizy procedury stwierdził, że popełnił błąd wybierając najkorzystniejszą ofertę niezgodnie z dokumentami zamówienia i ustawą, tj. doszło do zaniechania wezwania Wykonawcy do złożenia podmiotowych środków dowodowych, stąd zachodzi konieczność unieważnienia dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty. Oferta złożona przez Wykonawcę jest w efekcie niekompletna, a Zamawiający zgodnie z zapisem SWZ nie wezwał wykonawcy do jej uzupełnienia. Zamawiający jest zatem zobowiązany do naprawienia wadliwie podjętej czynności dla zawarcia ważnej i niepodlegającej unieważnieniu umowy, a pozostawienie dokonanego wyboru najkorzystniejszej oferty nie pozwoliłoby zawrzeć umowy zgodnej z dokumentami postępowania oraz samą ustawą.

Wskazać należy, że Zamawiający ma zawsze prawo weryfikowania i ewentualnego korygowania swoich czynności. Żaden przepis ustawy nie stoi na przeszkodzie temu, aby gospodarz postępowania, kiedy powźmie wątpliwości co do prawidłowości swoich wcześniejszych działań, unieważnił dokonaną czynność i ponownie przeanalizował, czy była ona prawidłowa (KIO 1542/20).

Dodatkowo, Zamawiający w wyjaśnieniu treści SWZ, w odpowiedzi na pytanie Wykonawcy z dnia 3 sierpnia 2023 r. udzielił niewłaściwej odpowiedzi, która nakazywała zastosowanie stawki vat 8% w wyliczeniu ceny oferty jako właściwej dla budynku mieszkalnego. Takie twierdzenie Zamawiającego nie znajduje jednak potwierdzenia w przepisach ustawy o VAT. Ustawodawca w art. 41 ustawy z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (tj. Dz.U.2021.685 ze zm.), wprowadza regulację dotyczącą stawek VAT, a obowiązkiem każdego podatnika jest przyporządkowanie sprzedaży towarów czy usług do określonej stawki VAT. Określając wysokość stawki VAT podatnik musi przede wszystkim ustalić, czy sprzedawany przez niego towar lub świadczona usługa nie korzystają z obniżonej, preferencyjnej stawki lub ze zwolnienia z VAT.

Zgodnie z przepisem art. 281 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, to na Zamawiającym ciążył obowiązek określenia w SWZ sposobu obliczenia ceny, a opis ten był wiążący dla Wykonawców. Tylko oferty, które zawierają cenę obliczoną zgodnie ze sposobem wskazanym w SWZ mogą być przedmiotem porównania przez zamawiającego w toku czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (tak też w Wyroku Sądu Okręgowego w Nowym Sączu sygn. akt III Ca 215/19).

Po dokonaniu ponownej analizy przedmiotu zamówienia stwierdzono, co następuje:
Zasady opodatkowania podatkiem od towarów i usług wynikają z przepisów ustawy z 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2023 roku, poz. 1570), dale: ustawa VAT.

Stawkę podatku w wysokości 8%, zgodnie z art. 41 ust. 12 w związku z ust. 2 tego artykułu, stosuje się do:

1) dostawy, budowy, remontu, modernizacji, termomodernizacji, przebudowy lub robót konserwacyjnych dotyczących obiektów budowlanych lub ich części zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym;

2) robót konserwacyjnych dotyczących:

a) obiektów budownictwa mieszkaniowego lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych,

b) lokali mieszkalnych w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12

- w zakresie, w jakim wymienione roboty nie są objęte tą stawką podatku w wysokości 23%.
Ustawa VAT posługuje się pojęciem „obiektów budowlanych zaliczonych do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym” i definiuje to pojęcie jako obiekty budownictwa mieszkaniowego lub ich części, z wyłączeniem lokali użytkowych, lokale mieszkalne w budynkach niemieszkalnych sklasyfikowanych w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w dziale 12, oraz obiekty sklasyfikowane w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych w klasie ex 1264 - wyłącznie budynki instytucji ochrony zdrowia świadczących

usługi zakwaterowania z opieką lekarską i pielęgniarską, zwłaszcza dla ludzi starszych i niepełnosprawnych, a także mikroinstalację, o której mowa w art. 2 pkt 19 ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o odnawialnych źródłach energii (Dz. U. z 2022 r. poz. 1378, 1383, 2370 i 2687), funkcjonalnie z nimi związaną, co wynika z art. 41 ust. 12a ustawy VAT.

Do opisanych obiektów budowlanych objętych społecznym programem mieszkaniowym nie zalicza się:

- 1) budynków mieszkalnych jednorodzinnych, których powierzchnia użytkowa przekracza 300 m²;
- 2) lokali mieszkalnych, których powierzchnia użytkowa przekracza 150 m².

Budynki kotłowni należy klasyfikować, zgodnie z Polską Klasyfikacją Obiektów budowlanych pod symbolem 1274 - Pozostałe budynki niemieszkalne, gdzie indziej nie wymienione. Klasyfikacja właściwa dla budynków kotłowni jednoznacznie wskazuje, że nie mogą one zostać uznane za obiekty budowlane zaliczone do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym w ustawowym rozumieniu (art. 41 ust. 12a ustawy VAT), a co za tym idzie nie podstaw do stosowania dla usług polegających na budowie kotłowni gazowej w budynku istniejącej kotłowni stawki podatku od towarów i usług w wysokości 8%. Podobne stanowisko odnajdziemy w indywidualnej interpretacji z 4 marca 2014 roku wydanej przez Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi, sygnatura: IPTPP4/443-874/13-4/BM.

Warto też powołać tezę zawartą w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 19 kwietnia 2012 r., sygnatura: I FSK 1189/11, w której Sąd stwierdził: Z uwagi na utratę z dniem 31 grudnia 2007 r., wynikającego z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. a u.p.t.u., uprawnienia do stosowania preferencyjnego opodatkowania robót dotyczących infrastruktury towarzyszącej budownictwu mieszkaniowemu, nie można po tej dacie rozszerzać stosowania preferencyjnej stawki dotyczącej obiektów budownictwa mieszkaniowego, wynikającej z art. 41 ust. 12-12c u.p.t.u. oraz z § 6 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia z 28 listopada 2008 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 212, poz. 1336, z późn. zm.), na roboty obejmujące urządzenia charakterystyczne dla infrastruktury towarzyszącej temu budownictwu, zdefiniowanej w art. 146 ust. 3 u.p.t.u.

Wniosek:

Właściwa stawka podatku od towarów i usług dla usług polegających na budowie kotłowni gazowej w budynku istniejącej kotłowni to 23%, zgodnie z art. 41 ust. 1 w związku z art. 146aa ust. 1 ustawy VAT.

Zatem w świetle przepisów prawa podatkowego wskazana przez Zamawiającego w wyjaśnieniach do SWZ stawka podatku VAT 8% jest błędna, gdyż dla przedmiotowego zamówienia wynosi ona 23% ze względu na usytuowanie budynku i jego funkcjonalność, co niestety zostało poprawnie zweryfikowane dopiero po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Udzielenie więc wyjaśnień do SWZ wskazanej treści skutkowało narzuceniem wykonawcy stawki podatku VAT błędnej w świetle przepisów podatkowych.

Należy również dodać, że Zamawiający, na obecnym etapie postępowania, nie może dokonać zmiany stawki podatku VAT wskazanej w dokumentach zamówienia (wyjaśnienia treści SWZ z dnia 3 sierpnia 2023 r.), ponieważ, zgodnie z art. 286 ust. 1 ustawy Pzp, wszelkie

zmiany treści SWZ powinny być dokonywane przed upływem terminu składania ofert. Jednocześnie Zamawiający nie ma podstaw prawnych do tego, aby poprawić (zmienić) w powyższej ofercie stawkę VAT z 8% na 23%. Wykonawca przyjmując stawkę 8% kierował się wiążącymi wytycznymi Zamawiającego, zawartymi w dokumentach zamówienia. Nie można więc mówić o zaistnieniu innej omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wręcz przeciwnie – Zamawiający poprawiając w ofercie nr 4 stawkę podatku VAT z 8% na 23%, doprowadziłby do niezgodności tej oferty z dokumentami zamówienia i oferta podlegałaby i tak w efekcie odrzuceniu.

Bazując z kolei na uchwałach Sądu Najwyższego z 20 października 2011r. (sygn. akt III CZP 52/11 i III CZP 53/11) orzecznictwo KIO wykształciło pogląd dotyczący weryfikacji stawki podatku VAT. Wynika z niego, że w wypadku wskazania w dokumentach zamówienia stawki podatku VAT, rola zamawiającego sprowadza się do weryfikacji złożonych ofert pod tym kątem i ewentualnego zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jeśli zaistniała rozbieżność pomiędzy stawką VAT podaną w ofercie, a wynikającą z dokumentów zamówienia. Inny sposób postępowania byłby wówczas, gdyby zamawiający nie wskazał w dokumentach zamówienia stawki VAT. W takim przypadku, to na wykonawcach spoczywałby obowiązek ustalenia prawidłowej stawki a obowiązkiem zamawiającego byłoby wówczas zweryfikowanie poprawności stawki VAT wskazanej przez wykonawców.

Niemożliwy jest zatem wybór najkorzystniejszej oferty, bez naruszenia przepisu art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że zamówienia udziela się Wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Dodatkowo wskazanie nieprawidłowej stawki VAT w dokumentach zamówienia, może być uznane za działanie naruszające zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ Zamawiający nie może zmieniać SWZ (poprawić błędu) po otwarciu ofert. Również poprawienie omyłek w ofertach musi odbywać się zgodnie z zasadami wskazanymi w ustawie Pzp (art. 223 ustawy Pzp). Zwrócić należy uwagę, iż błąd w SWZ mógł też spowodować, że część z Wykonawców nie przystąpiło w ogóle do postępowania.

Podsumowując, w opisanej sytuacji, Zamawiający popełnił błąd w SWZ w zakresie określenia stawki VAT. Natomiast Wykonawca złożył ofertę, która jak wynika z udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień do SWZ, zawiera prawidłowe określenie stawek VAT. Jednak w tym przypadku mamy do czynienia z ewidentnym błędem zamawiającego, a nie sytuacją, kiedy SWZ jest nieprecyzyjna i mogąca wprowadzić wykonawców w błąd (gdyby stawka VAT nie została w ogólnie wskazana). Wybór oferty wykonawcy w takiej sytuacji jest niedopuszczalny, gdyż wybierana oferta będzie niezgodna z SWZ, skoro SWZ wskazywało błędnie niepoprawną stawkę VAT. Dlatego też jedynym słusznym rozwiązaniem jest unieważnić postępowanie, poprawić SWZ w zakresie prawidłowych stawek VAT i wszcząć je ponownie. Unieważnienie postępowania powinno, jako podstawę wskazywać art. 255 ust. 6 ustawy Pzp – postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z tym, że wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia to nic innego, jak publiczne przyrzeczenie zawarcia z wykonawcą, który złoży ofertę najkorzystniejszą, umowy na warunkach zastrzeżonych w dokumentacji postępowania, unieważnienie procedury poczytywane jest jako sytuacja wyjątkowa. Brak wyboru oferty i tym samym brak umowy, jako, że niweczą sens prowadzenia procedury, powinien każdorazowo znaleźć uzasadnienie w przepisach prawa, a wykładnia przesłanek upoważniających Zamawiającego do zakończenia postępowania w taki sposób, powinna być dokonywana z ostrożnością.

Nadrzędną zasadą rządzącą postępowaniem o udzielenie zamówienia jest wyrażona w art. 16 ust. 1 ustawy zasada równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, a także wynikający z art. 17 ust. 2 ustawy obowiązek udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z ustawą.

Zamawiający, wobec powyższego, działając na podstawie art. 260 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2023 poz. 1605) informuje o unieważnieniu ww. postępowania.

Uzasadnienie prawne:

- art. 255 pkt 6 ustawy Pzp: art. 255 Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Uzasadnienie faktyczne:

Unieważnienia przedmiotowego postępowania dokonano na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Dobrze ugruntowany pogląd zachowujący pełną aktualność w obecnym stanie prawnym głosi, że obowiązkiem zamawiającego jest unieważnienie postępowania w każdym przypadku, jeśli łącznie zostaną spełnione następujące przesłanki:

- dojdzie do naruszenia przepisów Pzp regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania),
- wada musi być niemożliwa do usunięcia,
- wada ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Teza ta jest wyrażona m.in. w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z 28 lutego 2022 r. (KIO 423/23) oraz z 24 marca 2022 r. (KIO 667/22). Łączne spełnienie wymienionych przesłanek oznacza, że nieziszczenie się choć jednej z nich uniemożliwia unieważnienie postępowania. Konieczne jest przy tym wystąpienie związku przyczynowo- skutkowego między zaistniałą wadą a niemożliwością zawarcia umowy.

Do unieważnienia postępowania dochodzi wyłącznie wtedy, gdy Zamawiający nie może dokonać czynności sanującej popełnione uchybienie, która umożliwiłaby mu kontynuowanie postępowania w sposób wolny od wad. Tylko bowiem w takim przypadku zawarcie umowy nastąpi zgodnie z art. 17 ust. 2 Pzp. Artykuł ten wskazuje, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Reasumując, w zaistniałej sytuacji Zamawiający nie może dokonać poprawek w ofertach i doprowadzić ich do zgodności z dokumentami zamówienia poprzez poprawienie zastosowanej stawki podatku VAT 23%, ponieważ stawka jest prawidłowa, natomiast dokumenty zamówienia wskazują na błędną stawkę podatku VAT 8%. Niemożliwy jest zatem wybór najkorzystniejszej oferty, bez naruszenia przepisu art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Dodatkowo wskazanie nieprawidłowej stawki VAT w dokumentach zamówienia, może być uznane za działanie naruszające zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ponieważ Zamawiający nie może zmieniać SWZ (poprawić błędu) po otwarciu ofert. Również poprawienie omyłek w ofertach musi odbywać się zgodnie z zasadami wskazanymi w ustawie Pzp (art. 223 ustawy Pzp). Ponieważ Zamawiający z naruszeniem ustawy udzieliłby zamówienia, umowa zawarta w wyniku rozstrzygnięcia niniejszego zamówienia podlegałaby unieważnieniu, zgodnie z art. 457 ust 1 ustawy Pzp.

W świetle powyższego przedmiotowe postępowanie należało unieważnić, gdyż jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Powyższa informacja zostaje wysłana drogą elektroniczną (platforma zakupowa) w dniu dzisiejszym, tj. **22 września 2023 roku** wszystkim Wykonawcom, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia.