

**Sygn. akt KIO 2615/10**

**WYROK**  
**z dnia 17 grudnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Członkowie: Jolanta Markowska**  
**Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 3 grudnia 2010 r. przez **„Fadbet” S.A., ul. 27 lipca 60, 15-182 Białystok** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Akademia Obrony Narodowej, ul. Gen. A. Chruściela 103, 00-910 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Polimex-Mostostal S.A., ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża „Fadbet” S.A., ul. 27 lipca 60, 15-182 Białystok i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **„Fadbet” S.A., ul. 27 lipca 60, 15-182 Białystok** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

**UZASADNIENIE**

Zamawiający – Akademia Obrony Narodowej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na rozbudowę budynku koszarowego nr 55 na terenie AON z przystosowaniem na obiekt o funkcji internatowo-hotelowej wraz z wyposażeniem, nr sprawy 21/2010. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27.07.2010 r. pod numerem: 2010/S 143-220124.

Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty. Jako podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego wskazał zastosowanie w jego ofercie niewłaściwej stawki podatku VAT. W tym samym piśmie Zamawiający poinformował o stwierdzeniu w ofercie Odwołującego omyłek niepowodujących istotnych zmian w jej treści, lecz odstąpił od poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP z uwagi na istnienie, jego zdaniem, przesłanek do odrzucenia oferty.

Zamawiający poinformował także Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę POLIMEX-MOSTOSTAL S.A.

1. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w treści wyjaśnień treści SIWZ zaznaczył, iż budynek, objęty przedmiotem zamówienia, a zatem obiekt o funkcji internatowo – hotelowej wraz z wyposażeniem zakwalifikowany został, wedle Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych, w klasie 1130. Ustalenie stawki podatku VAT, w oparciu o powyższą informację, Zamawiający pozostawił Wykonawcom.

Odwołujący ustalając wartość brutto ofertowych robót w swojej kalkulacji przyjął dwie stawki VAT:

- stawkę 7% - do prac budowlanych (architektura, konstrukcja i roboty rozbiórkowe oraz wyposażenie użytkowe), zieleni oraz wykonania wewnętrznych instalacji (elektrycznej, co, wod-kan, wentylacyjnej i klimatyzacji oraz teletechniki),
- stawkę 22% - do zewnętrznej instalacji elektrycznej oraz przyłączy do budynku (wody, kanalizacji deszczowej, sanitarnej i ciepłej), robót drogowych i zagospodarowania terenu.

Powyższa kalkulacja wartości brutto ofertowych robót jest w ocenie Odwołującego zgodna z aktualnym stanem prawnym, tj. art. 2 pkt 12 i art. 41 ust. 1 i poz.135 załącznika nr 3 do ustawy z dnia 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. nr 54, poz. 535, z późn. zm.), oraz § 37 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 24.12.2009 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług (Dz. U. nr 224, poz. 1799, z późn. zm.), stawka VAT 7% obowiązuje na roboty budowlane (modernizacyjne, remontowe) dotyczące wyłącznie budynku mieszkalnego (w architekturze budynku), zaś stawka VAT

22% na wszelkie roboty poza architekturą), również w przypadku gdy w odniesieniu do budynku przysługuje stawka 7%.

Zgodnie z argumentacją Odwołującego, stawka podatku VAT 7% nie odnosi się do robót wykonywanych poza bryłą (architekturą) budynku, nawet wówczas gdy są one bezpośrednio związane z budynkiem, do którego stosuje się stawkę 7%. Roboty te polegające m.in. na wykonaniu wszelkich instalacji zewnętrznych, podłączeń sieci itp. (także wówczas, gdy są związane z tzw. strukturą towarzyszącą budownictwu mieszkaniowemu), objęte są 22% stawką VAT. Zasada taka obowiązuje od 1 stycznia 2008 r., tj. od utraty mocy prawnej ówczesnie obowiązującego w tym zakresie przejściowego przepisu art. 146 ust. 1 pkt. 2 lit. a) ustawy o VAT, który ówczesnie uprawniał do stosowania 7% stawki również robót i usług związanych ze strukturą towarzyszącą budownictwu mieszkaniowemu.

Usługi związane z zagospodarowaniem terenów zieleni" mieszczące się w PKWiU w grupowaniu 01.41.12-00.00 są objęte stawką podatku w wysokości 7% na mocy art. 41 ust. 2 ustawy o VAT, w związku z poz. 135 załącznika nr 3 do tej ustawy.

Odwołujący na potwierdzenie swoich argumentów przedłożył opinię prawno-podatkową sporządzoną przez Kancelarię Księgowo-Audytorską „BUCHALTERIA" Spółka z o.o.

Wskazał także kilka interpretacji indywidualnych właściwych izb skarbowych, które interpretują podobne problemy związane ze społecznym budownictwem mieszkaniowym:

- interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy, sygn.: ITPP1/443-987f/09/BS z dnia 12.01.2010 r.,
- interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy, sygn.: ITPP 1/443-587/09/JJ z 14.09.2009 r.,
- interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie, sygn. IPPP1-443/224/10-2/PR z 19.03.2010 r.,
- interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Katowicach, sygn. IBPP2/443-694/08/EJ (KAN-4304/04/08).,
- interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie, sygn. IPPP1-443/-814/08-2/AW z 28.05.2008 r.

2. Wykonawca POLIMEX-MOSTOSTAL S.A., którego oferta została wybrana zastosował stawkę VAT w wysokości 7% na całe zamówienie. W ocenie Odwołującego, (zgodnie z powyżej przytoczonymi argumentami) oferta ta zawiera błędy w obliczeniu ceny i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.
3. Odwołujący zwrócił także uwagę na fakt, że w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Zamawiający poza stwierdzeniem, że Odwołujący zastosował niewłaściwą stawkę VAT nie przedstawił żadnych dodatkowych wyjaśnień. W szczególności, Zamawiający nie podał, które stawki podatku VAT są jego zdaniem błędne oraz nie wskazał, jak powinny być prawidłowo skalkulowane stawki VAT w ofercie, nie podał także podstawy prawnej. Zatem w ocenie Odwołującego Zamawiający naruszył przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie przeciwko następującym czynnościom Zamawiającego:

1. odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego,
2. nie odrzuceniu oferty złożonej przez Wykonawcę POLIMEX-MOSTOSTAL S.A.
3. wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę POLIMEX-MOSTOSTAL S.A.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu rażące naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych: art. 7 ust. 1, ust. 2 i ust. 3, art. 87 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 91 ust. 1, art. 92 ust. 1 pkt 2, w szczególności poprzez:

1. bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo, że oferta ta została sporządzona zgodnie z przepisami prawa i nie zawiera błędów w obliczeniu ceny,
2. bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17, pomimo, że oferta ta zawiera błędy w obliczeniu ceny,
3. naruszenie zasady zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
4. nie podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegających na wyborze najkorzystniejszej oferty oraz na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego, odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę POLIMEX-MOSTOSTAL S.A.

Do postępowania po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca POLIMEX-MOSTOSTAL S.A. Wykonawca ten podnosił, iż odwołanie Odwołującego powinno zostać odrzucone na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jako podstawę faktyczną Przystępujący podnosił brak interesu w uzyskaniu zamówienia.

W zakresie argumentów przemawiających za oddaleniem odwołania Przystępujący wskazywał iż z wprowadzenia do objaśnień wstępnych PKOB stanowiącej załącznik do rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) z dnia 30 grudnia 1999 r. (Dz.U. Nr 112, poz. 1316) wynika, że: „*Polska Klasyfikacja Obiektów Budowlanych (PKOB)* stanowi usystematyzowany wykaz obiektów budowlanych, rozumianych jako produkty finalne działalności budowlanej”. W ocenie Odwołującego z powyższego wynika, że PKOB nie ogranicza definicji budynku wyłącznie do jego bryły, a wręcz odwrotnie stanowi, że obiekt budowlany to produkt finalny działalności budowlanej, zatem mówiąc o obiekcie budowlanym należy rozumieć budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi. W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego, powołane w definicji obiektu budowlanego instalacje i urządzenia techniczne są z budynkiem związane w sposób funkcjonalny w tym sensie,

że umożliwiają korzystanie z tego obiektu budowlanego zgodnie z jego przeznaczeniem. Ponadto budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi stanowi całość zarówno w rozumieniu prawa cywilnego, jak również w znaczeniu gospodarczym. Rozdzielenie miałoby sztuczny charakter.

Do niniejszego postępowania zgłosił także przystąpienie po stronie Odwołującego wykonawca Instalbud sp. z o.o. W trakcie posiedzenia, Odwołujący zgłosił opozycję wobec przystąpienia tego Wykonawcy. Izba uwzględniała zgłoszoną opozycję z uwagi na fakt, iż wykonawca ten nie legitymował się interesem w rozumieniu art. 185 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oferta zgłaszającego przystąpienie została wprawdzie odrzucona na tej samej podstawie faktycznej i prawnej, jak oferta Odwołującego, jednak zgłaszający przystąpienie został także wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgłaszający przystąpienie nie wniósł odwołania od czynności zamawiającego dotyczących jego oferty. Ponadto podstawa faktyczna wykluczenia zgłaszającego przystąpienie nie była przedmiotem odwołania wniesionego przez Odwołującego w niniejszej sprawie. Wobec powyższego Izba, na podstawie art. 185 ust. 4 uwzględniła opozycję wobec przystąpienia wykonawcy Instalbud sp. z o.o.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 Prawa Zamówień Publicznych. W przypadku potwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego wskazanych wyżej przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, Odwołujący miałby możliwość pozyskania przedmiotowego zamówienia; z uwagi także na fakt, iż oferty wykonawców które znalazły się w rankingu na pozycjach wyższych niż oferta Odwołującego, zostały skutecznie odrzucone.

W niniejszej sprawie Zamawiający zawarł zapis w SIWZ, iż Wykonawcy powinni ustalić stawkę podatku VAT na podstawie uzyskanych danych, wskazując równocześnie zakwalifikowanie obiektu do klasy 1130 w Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych. Zamawiający w toku postępowania zmienił zawartą w SIWZ kwalifikację obiektu z 1211 na 1130. Kwalifikacja ta została dokonana w odpowiedzi na zapytanie jednego z wykonawców, który wskazał, że roboty budowlane związane z obiektami zakwalifikowanymi do klasy 1211 objęte są podatkiem VAT wg stawki 22%. Zamawiający zmienił kwalifikację obiektu na klasę

1130. Wskazuje to, że dokonana przez Zamawiającego zmiana klasyfikacji obiektu związana była z intencją Zamawiającego objęcia robót budowlanych inną stawką niż stawka podstawowa 22% - tak więc do obiektu Zamawiającego zastosowanie mogła mieć wyłącznie stawka 7%. Zmiana klasyfikacji obiektu stanowiła więc wytyczne przekazane przez Zamawiającego wykonawcom w zakresie zastosowania właściwej stawki VAT do robót budowlanych wykonywanych w obiekcie.

Izba zważyła zgromadzony materiał dowodowy - z jednej strony, przedstawione przez Odwołującego, na poparcie swego stanowiska, indywidualne interpretacje podatkowe, które zapadły w innych sprawach, o zbliżonym stanie faktycznym i które nie zostały wydane w tej konkretnej sprawie, z drugiej zaś strony, przywołane przez Zamawiającego na poparcie swojego stanowiska, orzecznictwo ETS oraz wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego.

Przedstawione indywidualne interpretacje podatkowe są wydawane w sprawach indywidualnych, dotyczą konkretnego i ściśle opisanego stanu faktycznego, nie mają natomiast rangi interpretacji ogólnych, o których mowa w art. 14a ordynacji podatkowej, które mogłyby mieć zastosowanie uniwersalne.

Z drugiej strony orzecznictwo sądów administracyjnych, a także orzecznictwo ETS, wskazują ogólne dyrektywy (zasady) związane z interpretacją przepisów prawa, nadają walor normatywny w stosunku do spraw indywidualnych, wskazują kierunki interpretacji przepisów prawa.

Orzecznictwo ETS i Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego wskazuje, że wykonywanie robót budowlanych powinno być traktowane dla celów podatkowych jako jedna całość, do której zastosowanie powinna mieć jedna stawka podatkowa, bez obłożenia poszczególnych czynności składających się na te roboty różnymi stawkami podatkowymi.

W świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, nawet w przypadku usług kompleksowych składających się z kilku czynności, w sytuacji, gdy czynności te w aspekcie gospodarczym tworzą jedną całość i rozdzielenie ich miałoby sztuczny charakter, to wszystkie te czynności, czy świadczenia stanowią jednolite świadczenie dla celów podatku VAT (wyrok C-41/04).

W wyroku wydanym przez Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu w dniu 03 grudnia 2009 roku (sygn. I SA/Wr 1435/09) Sąd ten podzielił powyższe stanowisko, podkreślając, że jeżeli ETS wypowiedział się przeciwko sztucznemu dzieleniu usługi złożonej z kilku świadczeń w celu opodatkowania różnymi stawkami podatku od towarów i usług, to tym bardziej nieprawidłowe jest dzielenie jednorodnej usługi wykonania przyłącza gazowego według miejsca jej wykonania (w obrębie budynku czy poza budynkiem) w celu zastosowania różnych stawek podatkowych.

W niniejszej sprawie na uwagę zasługuje fakt, iż Zamawiający rozumiał zamówienie jako całość, co przejawia się m. in. w nazwie nadanej zamówieniu, którą to jednolitą nazwą objęte zostały wszystkie roboty i usługi składające się na zamówienie, bez wyodrębniania różnych części zamówienia, jednolitym wskazaniu PKOB dla celów podatkowych w odniesieniu do całości zamówienia, a także, co zostało podniesione na rozprawie, w fakcie, że usługi w zakresie wykonania instalacji przyłącza stanowią znikomy procent całości zamówienia (poniżej 10 procent).

Wojewódzki Sąd Administracyjny w powołanym wyroku stwierdził, iż w świetle brzmienia § 6 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 28 listopada 2008 roku, którego brzmienie odpowiada obecnie obowiązującemu § 37 Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 24 grudnia 2009 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o podatku od towarów i usług, nie da się wysnuć wniosku, iż przepis ten, zezwalający na stosowanie stawki 7% w stosunku do robót budowlano – montażowych wewnątrz budynku dotyczy wyłącznie takich robót budowlano – montażowych, które są wykonywane wewnątrz lub w budynku. Ustawodawca nie zawarł bowiem w ww. artykule wyrażen „wewnątrz” i „w”. Ustawodawca określił, że roboty te mają dotyczyć (podkreślenie Sądu) obiektów budownictwa mieszkaniowego. Zdaniem Sądu nie można postawić znaku równości między słowami "dotyczy" i "wewnątrz" bądź "w". Ich znaczenie jest odmienne. W ocenie Sądu wyrażenie "dotyczy" jest na tyle pojemnym pojęciem, że mieści się w nim usługa wykonania przyłącza gazowego również poza bryłą budynku. Przyłącze jest integralną częścią budynku mieszkalnego, znajduje się również poza budynkiem i stanowi niezbędną dla użytkowania obiektu mieszkalnego infrastrukturę techniczną. W ocenie Izby powyższa argumentacja Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego znajduje zastosowanie w niniejszej sprawie.

Izba stoi także na stanowisku, iż wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za wskazaną w ofercie stawkę VAT. Przy realizacji zamówienia zawsze powinna być stosowana stawka zgodna z obowiązującymi przepisami.

Zatem w świetle powyższego brak jest podstaw do uznania za uzasadniony zarzut Odwołującego co do odrzucenie oferty Odwołującego oraz wyboru oferty wykonawcy Polimex Mostostal S.A. jako najkorzystniejszej.

Izba zauważa także, iż Zamawiający, wbrew twierdzeniu Odwołującego, podał zarówno uzasadnienie faktyczne i prawne, dla którego odrzucił ofertę Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.



O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....